RAFAEL SOARES SOUZA

**JUSTIÇA ADMINISTRATIVA:
O SISTEMA BRASILEIRO**

DISSERTAÇÃO DE MESTRADO

ORIENTADOR: PROF. DR. FERNANDO DIAS MENEZES DE ALMEIDA

FACULDADE DE DIREITO DA UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

SÃO PAULO

2014

RAFAEL SOARES SOUZA

**JUSTIÇA ADMINISTRATIVA:
O SISTEMA BRASILEIRO**

Dissertação apresentada à Banca Examinadora da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, como exigência parcial para a obtenção do título de Mestre em Direito do Estado, sob a orientação do Prof. Dr. Fernando Dias Menezes de Almeida.

FACULDADE DE DIREITO DA UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

SÃO PAULO

2014

SOUZA, Rafael Soares. *Justiça administrativa: O sistema brasileiro*

Dissertação apresentada à Faculdade de
Direito da Universidade de São Paulo para
obtenção do título de Mestre em Direito do
Estado.

Aprovado em:

Banca Examinadora:

AGRADECIMENTOS

Ao Professor Doutor Fernando Dias Menezes de Almeida, que me acolheu generosamente como orientando, por todo o apoio, acessibilidade e disposição.

À Professora Doutora Odete Medauar e ao Professor Doutor Samuel Rodrigues Barbosa, pelas inúmeras sugestões e críticas quando do exame de qualificação.

À minha esposa Cristiane Ceza, por sempre estar ao meu lado.

RESUMO

SOUZA, Rafael Soares. **Justiça administrativa: o modelo brasileiro**. 2014. 150 f. Dissertação (Mestrado) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2014.

A justiça administrativa é uma necessidade que serve tanto para manter o Poder Público dentro dos limites jurídicos, como para tutelar os direitos subjetivos dos cidadãos. Há três principais modelos: contencioso administrativo, unidade de jurisdição e o misto, os quais são cada vez mais semelhantes entre si. No Brasil, durante a monarquia, existia o contencioso administrativo, que funcionava de forma precária. Proclamada a República, o contencioso administrativo foi substituído pela unidade de jurisdição, que vigora até hoje. Com a Constituição de 1988, o acesso à justiça administrativa foi facilitado, extinguindo obstáculos como o esgotamento prévio das vias administrativas. Isso, aliado à reticência do Poder Público em enxergar o cidadão como um verdadeiro sujeito de direitos, canalizou todos os conflitos para a única porta aberta disponível: o Judiciário. Após o período de afirmação do acesso à justiça administrativa, foi renovado o interesse por mecanismos alternativos de resolução de conflitos, inclusive, para o setor público, com o escopo de equacionar os conflitos de forma mais célere e adequada.

Palavras-chave: Administração Pública. Controle. Justiça Administrativa.

ABSTRACT

SOUZA, Rafael Soares. **Administrative justice:** the Brazilian model. 2014. 150 f. Dissertação (Mestrado) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2014.

The administrative justice is a necessity that serves both to keep the Government within the legal limits and to protect the legal rights of citizens. There are three main models: administrative litigation, unity of jurisdiction and mixed, which are becoming more alike. In Brazil, during the monarchy, there was the administrative litigation, which operated precariously. Proclaimed the Republic, the administrative litigation was replaced by unity of jurisdiction, which exists even today. With the Constitution of 1988, access to administrative justice was facilitated, extinguishing barriers such as prior exhaustion of administrative channels. This coupled with the reluctance of the government to see the citizen as a true subject of rights, directed all conflicts to the only open door: the Judiciary. After the period of claim access to administrative justice, was renewed interest in alternative dispute resolution, including for the public sector, with the aim of balance the conflicts more expeditiously and appropriately .

Keywords: Public Administration. Control. Administrative Justice.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	10
1 ASPECTOS GERAIS DA JUSTIÇA ADMINISTRATIVA.....	12
1.1 Contextualização	12
1.2 Distinção entre as funções administrativa e jurisdicional	15
1.3 Justiça administrativa	19
1.3.1 Conceito e nomenclatura	19
1.3.2 Distinção entre processo administrativo e contencioso administrativo.....	21
1.3.3 As finalidades da justiça administrativa	22
2 OS DIFERENTES SISTEMAS DE JUSTIÇA ADMINISTRATIVA	26
2.1 As variadas classificações e o critério adotado	26
2.2 O contencioso administrativo francês.....	29
2.2.1 Desenvolvimento histórico	29
2.2.2 Organização geral	34
2.2.2.1 Órgão de cúpula: o Conselho de Estado	34
2.2.2.2 Cortes administrativas de apelação, tribunais administrativos e algumas questões processuais	36
2.2.3 Competência da ordem administrativa	37
2.2.4 Críticas ao modelo: a suposta parcialidade do contencioso administrativo	40
2.3 Do sistema inglês de jurisdição una	43
2.3.1 <i>Common law</i> e direito administrativo.....	43
2.3.2 Organização geral	46
2.3.2.1 Os tribunais administrativos	46
2.3.2.2 As cortes judiciárias.....	48
2.3.3 Críticas ao modelo	49
2.4 Sistema misto alemão	50

2.5 Rumo à unificação dos modelos de justiça administrativa no âmbito da União Europeia?	54
3 A EVOLUÇÃO DA JUSTIÇA ADMINISTRATIVA NO BRASIL	56
3.1 Império	56
3.1.1 O Conselho de Estado brasileiro	61
3.1.2 Houve um efetivo sistema de contencioso administrativo durante o Império?	65
3.2 Constituição de 1891	67
3.2.1 Extinção do contencioso administrativo	67
3.2.2 Organização judicial para lides envolvendo a Administração Pública	70
3.3 Constituições de 1934, 1937, 1946 e 1967 em sua redação original	74
3.4 Emendas e projetos de emenda à Constituição de 1967	76
3.5 Trabalhos preparatórios à Constituição de 1988	80
4 A ATUAL JUSTIÇA ADMINISTRATIVA BRASILEIRA	83
4.1 Aspectos gerais	83
4.2 O acesso à justiça administrativa	86
4.2.1 Pretensões admissíveis	87
4.2.2 Exaurimento e prévio requerimento administrativo	88
4.2.3 Prerrogativas processuais da Fazenda Pública: razão de ser e limites	92
4.3 Órgãos administrativos com funções quase judiciais	98
4.3.1 Tribunal Marítimo	100
4.3.2 Tribunal de Contas	101
4.3.3 Conselho Nacional de Justiça	104
5 A CRISE DA JUSTIÇA ADMINISTRATIVA BRASILEIRA E A BUSCA DE ALTERNATIVAS	108
5.1 Aspectos gerais	108
5.2 A Administração Pública e os mecanismos alternativos de resolução de conflitos	110
5.2.1 Transação judicial e extrajudicial	113
5.2.2 Arbitragem em contratos administrativos	117

5.2.3 Câmara de Conciliação e Arbitragem da Administração Federal – CCAF e o Comitê Interinstitucional de Resolução Administrativa da Demandas de Saúde - CIRADS	121
5.3 Propostas legislativas relevantes	125
CONCLUSÃO.....	127
REFERÊNCIAS	130

INTRODUÇÃO

O setor público é o maior usuário do sistema judiciário, sendo autor ou réu em pouco mais da metade dos processos em trâmite¹. Ver a Administração Pública demandada em algum processo é uma trivialidade que passa despercebida. Mas, por detrás dessa rotina, esconde-se um longo processo evolutivo de controle do exercício do poder e acesso dos administrados a mecanismos para tutelar seus direitos subjetivos.

Assumida a necessidade do controle judicial da Administração, seria lícito atribuí-lo aos juízes comuns, acostumados a questões privadas, ou outro arranjo seria desejável? A quem caberia julgá-los sem ofender o princípio da separação dos poderes? E, mais importante, como assegurar um nível mínimo de independência dos julgadores e contrabalançar a desigualdade de poderes entre Administração e administrado?

Uma problemática dessa amplitude comporta diversos pontos de vista, inclusive, histórico². Na presente pesquisa, entretanto, o estudo da justiça administrativa se dará sob a ótica do direito administrativo. Por isso, não se pretende esmiuçar o funcionamento das diversas ações específicas em face do Poder Público ou exaurir a evolução dos inúmeros institutos envolvidos. No tocante às experiências estrangeiras, a dissertação cingiu-se ao imprescindível para identificar as influências de maior monta ao modelo brasileiro, com realce no contencioso administrativo francês e a jurisdição una, cada qual dominante em dois momentos históricos sucessivos, Império e República.

O plano de trabalho foi dividido em cinco partes, sequenciados com o intento de partir do geral para o específico, ou seja, de aspectos gerais da justiça administrativa para, gradualmente, aproximar-se da realidade brasileira e suas peculiaridades.

O primeiro capítulo cuida dos aspectos gerais da justiça administrativa, fixação dos conceitos utilizados, institutos afins e propósito. No segundo, serão expostos traços gerais dos três modelos organizativos mais comumente mencionados na doutrina, isto é, o contencioso administrativo francês, sistema inglês de jurisdição una e o misto ou alemão. Na parte seguinte, estuda-se a evolução da justiça administrativa no Brasil, começando nos

¹ 51,5% em números de 2011. CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Os cem maiores litigantes**. Brasília, mar. 2011. Disponível em: <www.cnj.jus.br>. Acesso em: 10 jun. 2013.

² Eduardo Lobo Botelho Gualazzi, numa das poucas monografias nacionais dedicadas ao assunto, registra que o tema da justiça administrativa, por sua amplitude, poderia seguramente comportar um tratado com copiosos volumes. GUALAZZI, Eduardo Lobo Botelho. **Justiça administrativa**. São Paulo: Revista Forense, 1986. p. 156.

tempos imperiais e terminando nos trabalhos preparatórios à Constituição de 1988. O funcionamento atual da justiça administrativa no Brasil, o acesso à mesma e a convivência com órgãos administrativos com funções quase judiciais tem lugar na quarta parte. E, no derradeiro capítulo, explora-se a chamada crise da justiça, com enfoque na justiça administrativa, o excesso de litigiosidade e o mais recente impulso ao uso de mecanismos alternativos à judicialização para resolução de conflitos públicos.

Esclarece-se, por fim, que os textos estrangeiros foram traduzidos livremente pelo autor, mantendo-se o original em nota de rodapé para conferência. Relativamente a escritos em português arcaico, preferiu-se conservar a redação original, privilegiando o sentido autêntico.

1 ASPECTOS GERAIS DA JUSTIÇA ADMINISTRATIVA

1.1 Contextualização

O Estado desempenha largo papel na vida dos indivíduos, zelando pelos equipamentos e serviços públicos, supervisionando determinadas atividades privadas, reprimindo outras, emitindo moeda, preservando a segurança externa e interna, etc. Para tanto, busca recursos financeiros, organiza-se administrativamente, seleciona pessoal, firma contratos e disciplina os meios e modos de utilização dos bens públicos³.

Por conta da amplitude dessas funções, são vastas as possibilidades de conflitos que ponham em lados opostos a face mais visível do Estado, a Administração Pública⁴, e os indivíduos, a exemplo de desacordos contratuais, indeferimento equivocado de direitos e abuso de poder.

Consoante Eberhard Schmidt-Assmann, o componente básico do Estado de Direito, ao lado do respeito aos direitos fundamentais, é a vinculação do Poder Executivo ao direito. Isso se deve à função ordenadora e conformadora incidente sobre a Administração, legitimando, disciplinando e tornando eficaz a atuação administrativa. E conclui o publicista afirmando que só é Estado de Direito aquele dotado de um direito administrativo completo⁵.

A contenção da ação estatal dentro de certas balizas jurídicas, a seu tempo, foi revolucionária, uma vez que importou na substituição da vontade individual do governante pela de preceitos normativos. Discorre Eduardo García de Enterría:

³ Carlos Sundfeld sistematiza o longo rol de atividades estatais da seguinte forma: a) atividades instrumentais, a exemplo de captação e gestão de recursos financeiros, escolha de agentes públicos e obtenção de meios materiais para a execução das atividades do Estado (desapropriações, compras, etc); b) atividades-fim, subdivididas em: b.1) relacionamento internacional; b.2) controle social (pela via legislativa, judicial e ordenadora administrativa); b.3) gestão administrativa, aqui inseridos os serviços públicos e sociais, emissão de moeda e administração cambial. SUNDFELD, Carlos Ari. **Fundamentos de direito público**. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 79-85.

⁴ Diz-se a face mais visível pelo fato de a Administração Pública corresponder ao aparelhamento do Estado preordenado à realização de serviços visando a satisfação das necessidades coletivas. Em sentido formal, é o conjunto de órgãos instituídos para consecução dos objetivos do Governo; em sentido material, é o conjunto das funções necessárias aos serviços aos serviços públicos em geral; em acepção operacional, é o desempenho perene e sistemático, legal e técnico, dos serviços próprios do Estado ou por ele assumidos em benefício da coletividade. MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 29. ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 64-65.

⁵ SCHMIDT-ASSMANN, Eberhard. **La teoría general del derecho administrativo como sistema**: objeto y fundamentos de la construcción sistemática. Madrid: Marcial Pons, 2003. p. 54-55. Tradução de: Mariano Bacigalupo et al..

Produz-se, assim, uma mudança espetacular, certamente a mais significativa de sua história: a Administração passa a ser organizada e regulada pela lei (quanto à sua estrutura, ao desempenho de sua atividade, às suas finalidades), de modo que a sua atividade passa a ser a de executar a lei e não a de efetivar, como então ocorria, as vontades mais ou menos criativas, de seus agentes ou chefes. Tal resultará, também, de sua identificação com o Poder Executivo, responsável por aplicar a lei, de acordo com a estrutura imposta pelo princípio estrutural da divisão de poderes (declarado essencial, pelo art. 16 da Declaração de Direitos do Homem, ao novo sistema político: “toda sociedade na qual [...] não tenha sido estabelecida a divisão de poderes não tem Constituição), que, então, se instaura igualmente como um princípio estruturante do Poder Público, dogmático e indiscutível, integrante da nova ordem constitucional⁶.

E assim, tem-se a enunciação de vetores que se materializam como direitos em face do Poder Público. Exemplificadamente, o art. 15 da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, segundo o qual “[a] sociedade tem o direito de pedir conta a todo agente público de sua administração”; o direito a uma boa administração [art. 41 da Carta de Direitos da União Europeia]⁷; e, por fim, no caso brasileiro, a submissão aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência [art. 37, “caput”, da Constituição].

O catálogo de direitos foi aumentando gradativamente, acompanhando o maior protagonismo e influência da Administração na dinâmica social. Mas, se de um lado há a tendência em manejar a Administração como instrumento de integração social, composição dos conflitos e redução das desigualdades, de outro, cresce o temor em relação aos perigos que ameaçam a liberdade e a propriedade e se delineiam expedientes que possam conter os excessos do intervencionismo estatal⁸. A operacionalização desses direitos - sua concretização

⁶ ENTERRÍA, Eduardo García de. **As transformações da justiça administrativa**: da sindicabilidade restrita à plenitude jurisdicional: uma mudança de paradigma? Belo Horizonte: Fórum, 2010. p. 8-9. Tradução de: Fábio Medina Osório

⁷ Artigo 41. Direito a uma boa administração

1. Todas as pessoas têm direito a que os seus assuntos sejam tratados pelas instituições e órgãos da União de forma imparcial, equitativa e num prazo razoável.

2. Este direito compreende, nomeadamente:

- o direito de qualquer pessoa a ser ouvida antes de a seu respeito ser tomada qualquer medida individual que a afete desfavoravelmente,
- o direito de qualquer pessoa a ter acesso aos processos que se lhe refiram, no respeito dos legítimos interesses da confidencialidade e do segredo profissional e comercial,
- a obrigação, por parte da administração, de fundamentar as suas decisões.

3. Todas as pessoas têm direito à reparação, por parte da Comunidade, dos danos causados pelas suas instituições ou pelos seus agentes no exercício das respectivas funções, de acordo com os princípios gerais comuns às legislações dos Estados-Membros.

4. Todas as pessoas têm a possibilidade de se dirigir às instituições da União numa das línguas oficiais dos Tratados, devendo obter uma resposta na mesma língua.

⁸ COSTA, Pietro. Teoria e crítica do Estado de Direito. In COSTA, Pietro; ZOLO, Danilo (Org.). **O Estado de Direito**: uma introdução histórica. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 137-138.

no mundo do ser - clama por mecanismos assecuratórios, formais ou informais, sob pena de completa inocuidade⁹.

Acerca desses instrumentos de controle, Marcello Caetano, adotando a locução *garantias da legalidade e dos administrados*, classifica-as em políticas, graciosas e contenciosas. Sinteticamente: (i) garantias políticas são as organizadas pela Constituição, para serem dinamizadas através dos órgãos supremos do poder político, a exemplo da aprovação anual de contas, controle de constitucionalidade, direito de petição, resistência e reclamação; (ii) garantias graciosas são as que se efetivam por meio da Administração ativa mediante órgãos internos de superintendência e fiscalização, como os pedidos e recursos administrativos; (iii) finalmente, garantias contenciosas são as que se cumprem com a intervenção de órgãos jurisdicionais¹⁰.

Seabra Fagundes perfilha uma classificação tripartida em controles administrativo, legislativo e judicial¹¹. Hely Lopes Meirelles é mais detalhista: (i) quanto ao poder, órgão ou autoridade que o exercita, pode ser administrativo ou executivo, legislativo ou parlamentar e judiciário ou judicial; (ii) quanto ao fundamento, hierárquico e finalístico; (iii) quanto à localização do órgão que o realiza, interno e externo; (iv) quanto ao momento, prévio ou preventivo, concomitante ou sucessivo, subsequente ou corretivo; (v) quanto ao aspecto controlado, de legalidade ou mérito¹².

Finalmente, Odete Medauar, sob o ponto de vista do agente controlador, apresenta os controles (i) interno, (ii) da Administração Indireta pela Administração Direta, (iii) parlamentar, (iv) pelo Tribunal de Contas, (v) pelo *Ombudsman*, (vi) pelo Ministério Público, (vii) novos controles [social e das políticas públicas] e, finalmente, (viii) pelo Judiciário¹³.

A respeito da aplicação concreta da lei em pretensões dos particulares junto ao Poder Público, abrem-se duas possibilidades: a primeira é que isso se dê no âmbito da função administrativa, via provocação junto ao órgão competente, seja por recurso, requerimento ou exercício do direito de petição; a outra alternativa é que a insatisfação seja levada aos órgãos

⁹ No tocante aos mecanismos informais, deve-se mencionar o papel da sociedade, por meio de manifestação, da imprensa, de grupos de pressão, que em alguns lugares exerce suficiente autoridade para impedir que os exercentes de funções públicas valham-se das oportunidades geradas pelos cargos que ocupam para abiscoitar benefícios indevidos ou para a adoção de condutas ética ou politicamente reprováveis. Quanto menos eficientes os controles informais, mais relevante se torna o controle jurídico formal. JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 980-981.

¹⁰ CAETANO, Marcello. **Manual de direito administrativo**. 9 ed. Coimbra: Almedina, 1983. v. 2. p. 1201-1214.

¹¹ FAGUNDES, Miguel Seabra. **O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário**. 6. ed. Saraiva: São Paulo, 1984. p. 86-87.

¹² MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**, op. cit., p. 640-643.

¹³ MEDAUAR, Odete. **Controle da administração pública**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 42.

dotados de competência para julgamento definitivo do conflito, isto é, à via jurisdicional. É sobre essas semelhanças e diferenças que se ocupa a seguir.

1.2 Distinção entre as funções administrativa e jurisdicional

Administrar e julgar lidam com as repercussões do sistema normativo no mundo dos fatos, sendo idênticas sob essa ótica. Já foi dito, inclusive, que “[r]esolver as questões administrativas ou governamentais, é administrar ou governar”¹⁴ e que as funções administrativas e jurisdicionais são no fundo a mesma coisa que é a aplicação da lei a casos particulares¹⁵. Naturalmente, há aspectos distintivos que merecem ser sublinhados.

De logo, deve-se rechaçar qualquer pretensão exclusividade que atribua funções administrativas ao Executivo, jurisdicionais ao Judiciário e legislativas ao Legislativo. O que há são atividades típicas e anômalas, uma lição que é tudo, menos novidade¹⁶.

Expressando o entendimento de sua época, Visconde de Uruguai pregava que o Judiciário ocupa-se com o fim privado, aplicando a lei civil e penal, ao passo que a Administração perseguiria a conveniência e o interesse geral¹⁷. A distinção, como posta, vinha da obra de Montesquieu:

Há em cada Estado três espécies de poder: o poder legislativo, o poder executivo das coisas que dependem das coisas que dependem do direito das gentes, e o poder executivo daquelas que dependem do direito civil. Pelo primeiro poder, o príncipe ou magistrado cria as leis para um tempo determinado ou para sempre, e corrige ou

¹⁴ BUENO, Jose Antonio Pimenta. **Direito publico brasileiro e analyse da Constituição do Império**. Rio de Janeiro: J. Villeneuve, 1857. p. 299-300.

¹⁵ GUALAZZI, Eduardo Lobo Botelho. **Justiça administrativa**, op. cit., p. 20.

¹⁶ “Convém insistir sobre a acepção moderna do principio de Montesquieu, jamais applicado de modo absoluto, como doutrina irreductivel e abstracta. O primeiro paiz que o adoptou, permitiu a intervenção parcial de um poder na esphera das attribuições de outro. Nos Estados Unidos, tanto do Brasil como da America do Norte, o Supremo Tribunal exerce funções legislativas, por isso que estabelece regras processuaes no seu Regimento Interno e organiza a propria secretaria, e executivas, porque nomeia os seus funcçionarios, com excepção dos ministros. O Presidente da Republica, propondo em mensagem medidas necessarias e vetando os projectos approvados pelo Congresso, collabora na funcção peculiar a este; com o direito de indultar e commutar penas exerce, de facto e em ultima instancia, uma parcella do poder de julgar. Cabe outra ao parlamento, por meio da amnistia geral, do perdão especial aos funcçionarios publicos incurso em crimes de responsabilidade e do impeachment lançado contra o Chefe do Estado; o Senado toma parte na tarefa do Executivo com approvar as nomeações dos ministros diplomaticos ou do Supremo Tribunal Federal. O que se exige hoje, é que a totalidade do poder de um departamento não seja concentrada nas mãos que dirigem departamento diverso”. SANTOS, Carlos Maximiliano Pereira dos. **Comentários à Constituição brasileira de 1891**. Brasília: Senado Federal, 2005. p. 248-249.

¹⁷ URUGUAI, Paulino José Soares de Souza Visconde de. **Ensaio sobre o direito administrativo**. Brasília: Ministério da Justiça, 1997. (Arquivos do Ministério da Justiça). p. 33-35.

ab-rosa aquelas que já estão feitas. Pelo segundo, determina a paz ou a guerra, envia ou recebe embaixadas, estabelece a segurança, previne as invasões. Pelo terceiro, pune os crimes ou julga as questões dos indivíduos. Chamaremos este último de 'o poder de julgar', e o outro chamaremos, simplesmente, 'o poder executivo do Estado'¹⁸.

Presentemente, o argumento está superado, pois há muito a atividade jurisdicional não se ocupa somente com interesses privados ou crimes. E, conquanto a Administração Pública idealmente persiga a conveniência e o interesse geral, por vezes tais objetivos só são atingíveis com intervenção judicial, com julgamentos em seu desfavor.

Juan Carlos Cassagne sistematiza as correntes que tentam explicar as diferenças entre administrar e julgar nos termos seguintes: (i) concepções subjetivas ou orgânicas, consideram a função administrativa como toda ou a maior parte da atividade levada a cabo pelo Executivo; (ii) quanto aos objetivos, a função administrativa é a que, de forma imediata, permanente, concreta, prática e normalmente espontânea, é desenvolvida por órgãos estatais para alcançar o bem comum, conforme o regime jurídico de direito público; (iii) por exclusão, função administrativa é a que não for jurisdicional ou legislativa; (iv) finalmente, pelo critério misto, função administrativa é a desenvolvida por órgãos administrativos, legislativos e judiciários, excluídos, respectivamente, os atos materialmente legislativos e jurisdicionais¹⁹.

Já Miguel Seabra Fagundes foca no seguinte: (i) quanto ao momento do exercício: a intervenção judicial surge depois do conflito, diferentemente da atuação administrativa *ex officio*, que causa o conflito; (ii) no modo para alcançar a sua finalidade: a atuação jurisdicional seria mais independente, enquanto que a administrativa é orientada finalisticamente a criar uma obrigação pública ao indivíduo e não interpretar a regra jurídica pura e simplesmente; (iii) na finalidade do seu exercício: a atividade jurisdicional persegue o trancamento do litígio via decisão final, diversamente da atividade administrativa, que não tenciona remover o litígio, e sim obter provisoriamente a prestação individual de que necessita²⁰. Quanto a tais distinções, noticia-se apenas que há um número razoável de hipóteses nas quais a jurisdição atua de ofício, a exemplo da instauração de inventário, arrecadação de bens de ausentes e alienações judiciais - arts. 989, 1.160 e 1.113 do CPC.

Para Danilo Zolo, a distinção acha-se no anseio de se colocar a função jurisdicional institucionalmente como um terceiro neutro ao conflito. Por isso, no exercício dos seus poderes decisórios, o juiz age livre de amarras hierárquicas em relação às cúpulas do

¹⁸ MONTESQUIEU, Charles de Secondat. **O espírito das leis**. São Paulo: Martin Claret, 2003. p. 165-166. Tradução de: Jean Melville.

¹⁹ CASSAGNE, Juan Carlos. **Derecho administrativo**. 6 ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1998, v. 1, p.79-83.

²⁰ FAGUNDES, Miguel Seabra, op. cit., p. 10-13.

Poder Executivo que, por sua natureza, encarnam as orientações políticas e ideológicas de determinada maioria de governo²¹.

Na percepção de Agustín Gordillo, somente na função jurisdicional há a decisão de conflitos com força de verdade legal [aspecto material], emanada por um órgão imparcial e independente [aspecto orgânico]²². A realidade brasileira, porém, desafia essa linha de pensamento, eis que coisa julgada, imparcialidade e independência nem sempre caminham juntas. A conferir:

- Há entre nós órgãos imparciais e detentores de independência idêntica às dos integrantes do Judiciário, malgrado seus provimentos não sejam definitivos, não tenham eficácia de coisa julgada. Assim é com o Tribunal de Contas da União que, pela literalidade do texto constitucional, *julga* contas públicas [art. 71, I e II da Constituição], é composto por um colegiado de nove membros em tudo equiparados aos ministros do Superior Tribunal de Justiça [art. 73 da Constituição], isto é, vitaliciedade, inamovibilidade e irredutibilidade dos vencimentos. Conquanto seja um órgão independente, descolado da Administração Pública que é objeto de suas fiscalizações, as decisões do Tribunal de Contas da União não fazem coisa julgada e carecem de intervenção judicial para execução forçada de seus julgados na parte condenatória [título executivo extrajudicial - art. 71, § 3º da Constituição].

- O segundo exemplo é o Ministério Público. Seus agentes também compartilham das mesmas garantias da magistratura [art. 128, § 5º, I da Constituição], mas os atos típicos desse órgão são postulações sem *enforcement* próprios. Desatender uma recomendação ministerial pode ensejar uma ação judicial, mas tal descumprimento, por si, não gera consequência alguma [art. 6º, XX da Lei Complementar Federal nº. 75/93]; um termo de ajustamento de conduta, que é título executivo extrajudicial, não consiste numa imposição unilateral, e sim um ato negocial, cujo cumprimento forçado também requer intervenção judicial;

- Por fim, em sede de arbitragem, o árbitro é uma pessoa de confiança escolhida pelas partes, sem vínculo estatal ou prerrogativas públicas, para decidir o litígio fora do sistema judiciário²³. Mesmo assim, a sentença arbitral faz coisa julgada material, sendo título executivo judicial de igual valor a uma sentença judiciária [art. 31 da Lei nº. 9.307/96].

²¹ ZOLO, Danilo. Teoria e crítica do Estado de Direito. In COSTA, Pietro; ZOLO, Danilo (Org.). **O estado de direito**: história, teoria, crítica. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 47.

²² GORDILLO, Agustín. **Tratado de derecho administrativo**. 7. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. v. 1. p. IX-12-13.

²³ Muito embora seja penalmente equivalente aos funcionários públicos, para fins penais [art. 17 da Lei nº. 9.307/96].

Indo adiante, Odete Medauar aponta que a função administrativa é multiforme, expressando-se em amplo e complexo rol, cuja apenas uma fração é processualizada, o que contrasta com a unicidade ou uniformidade típicas da atividade jurisdicional ou legislativa. E, conclui a comparação, realçando a substitutividade e imutabilidade das decisões judiciais. A conferir:

[...] em primeiro lugar, a função administrativa não visa precipuamente à atuação da lei, embora, como já se observou, deva nortear-se pelo princípio da legalidade. Em segundo lugar, inexistente na função administrativa o caráter de substitutividade em relação a dois sujeitos em disputa: havendo situação de controvérsia em seu âmbito, a própria Administração toma a decisão que vai solucioná-la. Quanto aos efeitos de seus atos, falta-lhes a imutabilidade decorrente da coisa julgada; de regra, podem ser revistos por outros atos administrativos ou por atos jurisdicionais²⁴.

No que tange à substitutividade, é possível visualizá-la fora da atividade jurisdicional, por exemplo, no âmbito de atuação dos tribunais de contas e seu regime peculiar de independência para julgamento de contas públicas. Porém, essa é uma situação excepcional, que contrasta com a onipresença da substitutividade na atividade jurisdicional como um todo. Deve-se advertir que a substitutividade na função jurisdicional não é afetada pela presença da Administração num dos polos do processo.

A despeito de Administração e julgador integrarem o Estado,

[m]esmo quando exercida em face do próprio Estado, ela [jurisdição] se pauta pela imparcialidade e pelos escopos de pacificação, de atuação do direito etc., o que não é inerente às atividades dos demais agentes estatais. Não se trata necessariamente de substituir pessoas, mas atividades. E a atividade jurisdicional é sempre diferente da administrativa ou legislativa, especialmente pelos escopos que a norteiam e pela condição de isenção de ânimo dos que a exercem (imparcialidade)²⁵.

Em termos normativos, coisa julgada é a decisão judicial da qual não cabe mais recurso [art. 6º, § 3º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro - Decreto-lei nº. 4.657/42]²⁶. Tal instituto tem sua razão de ser na preservação dos efeitos da sentença de

²⁴ MEDAUAR, Odete. **A processualidade no direito administrativo**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 57-58

²⁵ DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2005, v. 1, p. 331.

²⁶ Importante sublinhar que também faz coisa julgada a sentença arbitral. Esta não é prolatada por um juiz estatal, mas é um título executivo judicial e não extrajudicial, como poderia parecer à primeira vista [art. 475-N, IV do CPC]. Isso não significa que em hipóteses especiais, a sentença arbitral não possa ser anulada. As hipóteses são as seguintes: a) nulidade do compromisso; b) sentença emanada por quem não poderia ser árbitro; c) ausência dos requisitos legais do art. 26 da Lei de Arbitragem; d) desrespeito aos limites da convenção de arbitragem; e) não abranger todo o litígio submetido à arbitragem; f) prolatada por prevaricação, concussão ou corrupção passiva; g) proferida fora do prazo do art. 12, III da Lei de Arbitragem; h) desrespeito aos princípios do art. 21, § 2º da Lei de Arbitragem [art. 32 da Lei Federal nº. 9.307/96].

mérito, obstando que novas leis ou sentenças aniquilem ou reduzam a utilidade pacificadora do exercício da ação no processo²⁷. Desconhece-se outra atividade estatal dotada deste atributo de definitividade, excetuado o julgamento de determinadas autoridades por crimes de responsabilidade, cuja competência é do Senado Federal [art. 52, I e II da Constituição].

Por todo o exposto, defende-se que a pedra de toque, o principal ponto diferenciador da atuação administrativa da jurisdicional resume-se à peculiaridade de que somente as decisões judiciais fazem coisa julgada.

1.3 Justiça administrativa

1.3.1 Conceito e nomenclatura

Em monografia específica, Eduardo Gualazzi define justiça administrativa como o complexo de órgãos do próprio Judiciário [sistema de jurisdição una] ou autônomos, distintos, independentes desse Poder [sistema duplo de jurisdição], destinados, mediante provocação, a dirimir, em matéria administrativa, os conflitos entre Administração e administrado. Há, pois, justiça administrativa: (i) em sentido formal, que é a estrutura destinada à resolução dessas controvérsias, cuja conformação varia ao sabor da cultura jurídica de cada país e (ii) em sentido material, isto é, os litígios em si, de direito administrativo e não direito privado²⁸.

Cumpre esmiuçar os termos contencioso administrativo e jurisdição administrativa que, de tão inter-relacionados, são tratados como sinônimos por parte da doutrina²⁹.

Sérvulo Correia define contencioso administrativo, numa acepção ampla, como o conjunto de litígios a que dá lugar a atividade da Administração Pública, bem como as regras jurídicas que organizam os meios para dirimi-los. Num sentido estrito, é a instituição

²⁷ DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil**, op. cit., p. 326.

²⁸ GUALAZZI, Eduardo Lobo Botelho. **Justiça administrativa**, op. cit., p. 25. Themistocles Brandão Cavalcanti apresenta conceito limitado ao aspecto da matéria sob julgamento, isto é, litígios administrativos, ou ainda, em sentido mais amplo, toda controvérsia de natureza administrativa, mesmo que o Estado não tenha interesse ou não seja parte. CAVALCANTI, Themistocles Brandão. **Tratado de direito administrativo**. 3. ed. São Paulo: Freitas Bastos. v. 4, 1956. p. 510-511.

²⁹ Por exemplo, VASCONCELLOS, José Mattos de. **Direito administrativo**. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1936. p. 348-350.

caracterizada pelo exercício, por uma ordem jurisdicional administrativa, segundo meios processuais predominantemente específicos³⁰. Michel Fromont elabora conceito análogo, mas chama de jurisdição administrativa o que, para Sérulo Correia, é o contencioso administrativo em sentido estrito³¹.

Exatamente na França, onde o termo contencioso administrativo surgiu, a codificação optou pela locução *Code de Justice Administrative*³². Em caminho oposto, o Estatuto dos Tribunais Administrativos e Fiscais português usa a designação contencioso administrativo no sentido de litígio administrativo, em oposição ao administrativo-fiscal, diferenciando, assim, as seções dos tribunais por matéria³³.

Na doutrina nacional mais antiga, contencioso administrativo conceituava um sistema de jurisdição, mais ou menos extenso, atribuído à própria Administração quando em litígio com os administrados, expressão amplamente criticada por associar “dois termos que se repelem e excluem”³⁴. José Cretella Júnior ponderava que, não obstante consagrada no direito público, “[...] é formada de dois vocábulos antitéticos, que se repelem, por exprimirem ideias incompatíveis: contencioso e administrativo”³⁵.

Essa desaprovação tem em mente o obsoleto sistema do administrador-juiz francês - há muito superado - em que a própria Administração ativa - a tomadora de decisão - recebia e julgava a queixa do prejudicado. Em trabalhos mais recentes, José Cretella Júnior passou a definir contencioso administrativo como o aparelhamento completo e independente [aspecto formal], encarregado de resolver litígios em matéria administrativa [aspecto material], cuja última instância corresponde ao Conselho de Estado³⁶. É a aceção acolhida nesta dissertação.

No tocante à jurisdição administrativa, Michel Fromont entende-a como a especializada, ainda que parcialmente, em questões administrativas³⁷. René Chapus, por sua

³⁰ CORREIA, Sérulo. **Direito do contencioso administrativo**. Lisboa: Lex, 2005. p. 31-33. Seguindo a aceção restrita, Wladimir Brito conceitua contencioso administrativo como o conjunto complexo e unitário de específicas normas jurídico-processuais que consubstanciam o processo jurídico-administrativo. BRITO, Wladimir. **Lições de direito processual administrativo**. 2. ed. Coimbra: Coimbra, 2008. p. 19.

³¹ FROMONT, Michel. **Droit administratif des états européens**. Paris: PUF, 2006. p. 111.

³² FRANÇA. **Code de justice administrative**. Disponível em: < <http://www.legifrance.gouv.fr>>. Acesso em: 20 abr. 2013.

³³ PORTUGAL. Lei n. 13/2002. **Estatuto dos tribunais administrativos**. Disponível em: < <http://www.stadministrativo.pt>>. Acesso em 20 abr. 2013.

³⁴ MASAGÃO, Mario. **Em face da constituição federal, não existe, no Brasil, o contencioso administrativo**. 1927. Tese (Livre docência em Direito Administrativo e Ciência da Administração) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 1927. p. 14-15.

³⁵ CRETILLA JÚNIOR, José. **Tratado de direito administrativo**. Rio de Janeiro: Forense, 1974. v. 6. p. 67.

³⁶ Idem. O “contencioso administrativo” inexistente. **Revista de Direito Público**, São Paulo, nº. 75, p. 27, jul. 1985.

³⁷ FROMONT, Michel, op. cit., p. 111.

vez, usa a locução para apontar o tipo de matéria julgada pelo contencioso administrativo francês³⁸. Por conseguinte, assim como a jurisdição constitucional está à cargo da Corte Constitucional e a penal sob responsabilidade dos juízes criminais, a jurisdição administrativa fica aos cuidados do contencioso administrativo.

Considerando que no Brasil a justiça administrativa funciona por meio de tribunais comuns e para evitar imprecisões, a locução jurisdição administrativa terá seu uso limitado para indicar órgãos jurisdicionais especializados em matéria administrativa, sejam eles do contencioso administrativo francês ou do sistema misto ou alemão.

1.3.2 Distinção entre processo administrativo e contencioso administrativo

Num sentido amplo, a processualidade é o conjunto de institutos, princípios e normas estruturados para o exercício do poder segundo determinados objetivos, o que ultrapassa os campos particularizados do processo civil, trabalhista, penal e administrativo, levando à integração de todos eles num só quadro e mediante uma só inserção no universo do direito³⁹.

No Brasil, o processo administrativo possui assento constitucional, ou melhor, o direito ao devido processo legal administrativo, a ser julgado em prazo razoável [art. 5º, LV e LXXVIII]. Na legislação ordinária, prescreve-se o dever de obediência a princípios como legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência, além de critérios como a atuação conforme a lei, ao Direito e éticos de probidade, decoro e boa-fé [art. 2º da Lei 9.784/99].

Cumprir frisar que processo administrativo não se confunde com contencioso administrativo. Este, em sentido contemporâneo, corresponde à atividade jurisdicional, dotada das mesmas conotações da atividade jurisdicional comum. Já processo administrativo reporta-se a funções próprias e internas da Administração Pública, sem judicialização⁴⁰.

Essa discriminação teve guarida no Código Modelo de Processos Administrativos – Judicial e Extrajudicial, o qual trata em separado os dois institutos. A conferir:

³⁸ CHAPUS, René. **Droit du contentieux administratif**. 13e ed. Paris: Montchrestien, 2008. p. 61-121.

³⁹ DINARMACO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 69.

⁴⁰ MEDAUAR, Odete. **A processualidade no direito administrativo**, op. cit., p. 49.

Art. 3º (Processo administrativo extrajudicial)

Considera-se processo administrativo, submetido às garantias do contraditório e da ampla defesa, todo e qualquer procedimento destinado a preparar decisões administrativas que possam incidir sobre interesses ou direitos dos interessados, assim como todo e qualquer procedimento em que se configure uma controvérsia entre a Administração e o interessado, ou entre pessoas físicas ou pessoas jurídicas de Direito Público ou Privado, cuja solução possa advir da Administração.

[...]

TÍTULO II - DO PROCESSO ADMINISTRATIVO JUDICIAL

[...]

Art. 23. (Finalidade e alcance)

A finalidade do processo administrativo judicial é a formação de decisões jurisdicionais a respeito de atuações administrativas.

Parágrafo único. As atuações administrativas, dentre outras, podem ser individuais ou gerais, inclusive atos políticos ou de governo, editados por órgãos de todos os Poderes Públicos ou por particulares no exercício dessas atuações⁴¹.

Dentro da parcela processualizada da ação administrativa, há inegável aproximação entre essa e o processo judicial, já que ambos precisam ser devotados ao devido processo legal e demais garantias. Contudo, além do âmbito de uso divergente - o primeiro, nos órgãos administrativos e o outro, nos jurisdicionais - como já visto em item precedente, só os provimentos jurisdicionais fazem coisa julgada, residindo aí a diferença mais relevante.

1.3.3 As finalidades da justiça administrativa

A justiça administrativa serve a dois propósitos centrais: (i) garantir os direitos dos administrados nas relações jurídico-administrativas, nos casos em que o particular se vê prejudicado por algum comportamento do Poder Público - aspecto subjetivo; (ii) velar pela obediência, por parte da Administração, dos preceitos jurídicos que regulam seus passos, ainda que sem se referir diretamente à esfera subjetiva de alguém - aspecto objetivo. A prevalência de um ou outro variou no tempo, ao sabor das circunstâncias. Vasco Pereira da Silva enumera três momentos memoráveis dessa caminhada:

- No Estado liberal, a ação pública era vista como agressora da esfera de liberdade individual. Entendia-se que a melhor defesa aos direitos dos cidadãos provinha da lei, que criaria espaços nos quais a Administração não poderia ingressar e essa abstenção, por si, seria

⁴¹ INSTITUTO IBERO-AMERICANO DE DIREITO PROCESSUAL. **Código modelo de processos administrativos – judicial e extrajudicial – para ibero-américa**, Buenos Aires, 2012. Disponível em: <<http://www.nupej.uff.br>>. Acesso em: 19 abr. 2013.

suficiente para tutelar os direitos dos particulares. Por isso, a justiça administrativa era compreendida como um autocontrole da Administração, tendo como alvo primário a prossecução da legalidade e do interesse público e só secundariamente a defesa dos direitos individuais. Recusava-se a condição de partes no processo e o particular não passaria de um colaborador na defesa da legalidade administrativa; em suma, uma espécie de agente do Ministério Público⁴².

- Já no Estado social, o perfil intervencionista reverbera na justiça administrativa. Esta passa a enxergar o particular como titular de direitos subjetivos em face da Administração. O autocontrole foi cedendo espaço à jurisdicionalização, promovida por verdadeiros tribunais. Assim, os mecanismos processuais foram redesenhados, modificando aspectos como legitimidade processual, poderes das partes, efeitos das sentenças, suspensão da eficácia dos atos administrativos e outros, sempre com o escopo de aprimorar a eficácia protetiva e servir de instrumento para as novas situações que se apresentavam⁴³.

- Por fim, no Estado pós-social, Vasco Pereira da Silva disserta que o direito administrativo precisa ser refundado. Em lugar de ser o direito especial da Administração, deve passar a ser o direito dos particulares face à Administração. Seriam sintomas dessa tendência:

1 - Num apelo crescente à noção dos direitos fundamentais, como forma de melhorar a tutela jurídica das situações individuais.

2 - No modo de entender a posição do particular no processo administrativo como um verdadeiro sujeito processual e não como um mero funcionário da Administração.

3 - Na necessidade de aperfeiçoar, ainda mais, os institutos do contencioso administrativo, a fim de tornar mais efectiva a protecção dos particulares e mais eficaz o controlo da Administração⁴⁴.

O aprofundamento do viés defensivo também é captado por Eduardo García de Enterría, para quem a plenitude jurisdicional, a aproximação da justiça administrativa da comum e a limitação das imunidades estatais em favor da tutela mais efetiva dos direitos dos particulares são sintomas de um fenómeno sem fronteiras. E conclui:

Somente agora, pela primeira vez em toda a sua longa história o juiz contencioso administrativo, ao ganhar essa plenitude jurisdicional, tornou-se capaz, com efeito, de outorgar aos cidadãos uma justiça plena e efetiva; Esta é a formidável atualidade da técnica contenciosa administrativa de proteção do cidadão, após as suas últimas e recentes regulações. A subjetivação definitiva da justiça administrativa, que rompeu

⁴² SILVA, Vasco Pereira da. **Para um contencioso administrativo dos particulares**: esboço de uma teoria subjectivista do recurso directo de anulação. Coimbra: Almedina, 1997. p. 30-31.

⁴³ Ibidem. p. 47-51.

⁴⁴ Ibidem. p. 63.

o mito histórico de sua suposta objetividade, com a qual se mascarava uma superioridade formal da Administração sobre o cidadão, considerado ainda como súdito, que devia ceder ante a suposta superioridade dos "interesses gerais" geridos pela Administração já é um ganho definitivo - e por isso, definitivamente irrenunciável - de nosso tempo. A "mudança de paradigma" na justiça administrativa em relação ao que prevaleceu até a década passada quedou-se, definitivamente, instaurada, inaugurando-se, assim, uma nova época, muito mais importante, compreensiva e rica, em termos jurídicos, em benefício direto da liberdade do cidadão. A vetusta *maiestas* do poder público, a qual pretendia prevalecer, teoricamente, em relação à liberdade dos cidadãos, cuidadosamente mantidos em sua posição inferior de súditos, esfumou-se - uma vez que essa liberdade está qualificada como verdadeiro direito fundamental, com todas as consequências provenientes desta qualificação - no relevante terreno do tráfico jurídico x jurídico-administrativo, cuja juridicidade estrita é, agora, capaz de servir, de maneira eficaz, o sistema, inteiramente renovado, da justiça contenciosa administrativa⁴⁵.

Corolário dessa visão garantista da justiça administrativa é o que Enterría nomina de "demolição dos círculos de imunidade". Vencida a pretensão de imunidade absoluta da Administração, prossegue o publicista, a grande obra do Século XX consiste na limitação dos espaços à salvo do controle jurisdicional. Seriam eles a possibilidade de impugnação de regulamentos [antes, vistos como uma atividade genuinamente política], os atos políticos e de governo [cuja lista é cada vez mais limitada] e, por fim os atos administrativos discricionários [sempre erguidos num substrato vinculado]⁴⁶.

Sem embargo da suscetibilidade de controle judicial dos atos administrativos, julgar a Administração não é uma tarefa simples. Em primeiro lugar, o julgador deve ser independente e dotado de meios para lidar com pressões provenientes de uma organização pública por vezes indócil ao reconhecimento dos mais elementares direitos. Em segundo lugar, a desigualdade jurídica do direito material reverbera na seara processual, com crescentes - e, muitas vezes, injustificadas - prerrogativas que conferem ainda mais força ao sujeito processual já dominante. Por fim, há complicadores inerentes ao próprio direito administrativo, cada vez mais técnico e diferenciado.

Juan Carlos Cassagne acrescenta que

[...] o trabalho judicial de controle da Administração é muito mais complexo do que o feito pelo juiz civil - o qual normalmente julga sobre um marco mais estável e com um corpo de regras e princípios jurídicos arraigados pelo peso de uma tradição milenar em um conflito entre indivíduos cujo grau de impacto social ou conexão com interesse público é muito menor.

Em vez disso, a organização administrativa tem maior mobilidade e sua relação com a Constituição é muito mais pronunciada, mas, em última instância, o mundo

⁴⁵ ENTERRÍA, Eduardo García de. **As transformações da justiça administrativa:** da sindicabilidade restrita à plenitude jurisdicional: uma mudança de paradigma? op. cit., p. 106-107..

⁴⁶ Idem. La justicia administrativa en el cambio del siglo. **Boletim da Faculdade de Direito**, Coimbra, n. 46, p. 356-358, 2000.

jurídico tem em ambos os ramos do direito em uma estrutura tridimensional que consiste em normas, comportamentos ou experiências e valores de justiça. Em qualquer caso, o trabalho judicial do controle do governo não é mecânica ou puramente técnica. É mais uma arte: administrar a justiça, considerando a harmonização dos interesses individuais e coletivos de cada conflito com o interesse público, sem substituir - como observou recentemente Sesín - a discricionariedade política pela judicial, sendo tão pernicioso controlar paralisando atividade estatal como excessivamente limitando as garantias do Estado de Direito [tradução livre]⁴⁷.

No caso brasileiro, a justiça administrativa, desde o advento da República está montada sob o sistema da unidade de jurisdição. No exercício do direito de ação, o particular pode defender qualquer pretensão direito subjetivo contra do Poder Público, levando-o a um juízo imparcial, equidistante. Os problemas brasileiros, nesse campo, não estão na afirmação do direito de ação, e sim na disfuncionalidade e inefetividade jurisdicional, ante a belicosidade do setor público e outros obstáculos oportunamente abordados.

⁴⁷ "[...] que la labor judicial de controlar a la Administración, es mucho más compleja que la del juez civil –el cual generalmente juzga sobre un marco más estable y con un cuerpo de normas y principios jurídicos, arraigados por el peso de una tradición milenaria en un conflicto entre particulares cuyo grado de repercusión social o de vinculación al interés público es bastante menor. En cambio, el ordenamiento administrativo presenta una mayor movilidad y su relación directa con la Constitución es mucho más acentuada aunque, en definitiva, el mundo jurídico tenga en ambas ramas del derecho una estructura tridimensional que se compone de normas, conductas o experiencias y valores de justicia. En cualquier caso, la labor judicial de control de la Administración no es mecánica ni exclusivamente técnica. Es más bien casi un arte: el de impartir justicia teniendo en cuenta la armonización de los intereses individuales o colectivos de cada conflicto con el interés público, sin sustituir –como lo ha señalado recientemente SESÍN- la discrecionalidad política por la judicial, siendo tan pernicioso el control que paraliza la actividad estatal como el que lo limita excesivamente con mengua de las garantías del Estado de Derecho". CASSAGNE, Juan Carlos. **Perspectivas de la justicia contencioso administrativa argentina en el siglo XXI**. Disponível em: <<http://www.cassagne.com.ar>>. Acesso em 30 out. 2013.

2 OS DIFERENTES SISTEMAS DE JUSTIÇA ADMINISTRATIVA

2.1 As variadas classificações e o critério adotado

Não há resposta única ao problema de como organizar a justiça administrativa. Certos caracteres permitem agrupar tais soluções em grupos ou famílias, mas deve-se ter em conta que o intercâmbio de institutos e a previsão de padrões mínimos de funcionamento conduzem ao esmaecimento de antigas divergências, dificultando a catalogação. Feita essa advertência, passa-se ao exame das duas classificações mais difundidas.

A primeira delas reparte os sistemas de justiça administrativa em objetivista e subjetivista. A conferir:

- Nos objetivistas, normalmente vinculada ao contencioso francês, há ênfase na legalidade e prossecução do interesse público. Por isso, não possuiria verdadeiras partes - o particular seria um mero colaborador da Administração na realização do interesse público - e a Administração uma espécie de autoridade recorrida. Em virtude desse realce objetivo, a decisão final é dotada de efeitos *erga omnes*, pois o que importa é a subsistência ou não do ato administrativo⁴⁸. Na síntese de Enterría, o particular funcionaria como um membro do Ministério Público em prol da legalidade objetiva e não como um sujeito que busca tutelar seus próprios direitos⁴⁹. A proteção limitada aos direitos subjetivos seria um dos pontos fracos do sistema objetivo;

- Na vertente subjetivista ou germânica, privilegia-se os direitos dos particulares e só secundariamente o interesse público. Administração e particular seriam verdadeiras partes que se controvertem num processo muito semelhante ao judicial. O rito processual é mais inquisitorial, cobrando a colaboração da Administração, que deve trazer espontaneamente todas as informações de que dispõem sobre o litígio. Por consequência do sistema de partes, o requerente deve demonstrar sua legitimidade para agir e a decisão gera efeitos apenas *inter*

⁴⁸ SILVA, Vasco Pereira da. **Para um contencioso administrativo dos particulares**: esboço de uma teoria subjectivista do recurso directo de anulação, op. cit., p. 264-275.

⁴⁹ ENTERRÍA, Eduardo García de. **As transformações da justiça administrativa**: da sindicabilidade restrita à plenitude jurisdicional: uma mudança de paradigma? op. cit., p. 93.

partes.⁵⁰. Critica-se o sistema subjetivo, não só pela falta de ênfase na tutela do interesse público, como pelos efeitos anti-isonômicos de seus julgamentos, limitados às partes⁵¹.

Essa divisão entre objetivistas e subjetivistas perdeu muito de sua relevância, pois a Convenção Europeia dos Direitos do Homem estabeleceu parâmetros mínimos de tutela judicial, não havendo como algum sistema de justiça administrativa priorizar o aspecto objetivo em detrimento do subjetivo. Cita-se o texto convencional:

ARTIGO 6º Direito a um processo equitativo

1. Qualquer pessoa tem direito a que a sua causa seja examinada, equitativa e publicamente, num prazo razoável por um tribunal independente e imparcial, estabelecido pela lei, o qual decidirá, quer sobre a determinação dos seus direitos e obrigações de carácter civil, quer sobre o fundamento de qualquer acusação em matéria penal dirigida contra ela. [...]⁵²

O Tribunal Europeu dos Direitos do Homem ante expressão "direitos e obrigações de carácter civil", deparou-se com duas alternativas: (i) interpretá-la restritamente, no sentido de que o direito a um processo equitativo só existiria em matéria civil e penal, à cargo dos tribunais comuns e não na justiça administrativa; ou (ii) lê-la como *civil rights* do *common law*, abarcando todas as titularidades privadas de direitos, salvo questões tributárias, seguridade social e parcela de direitos dos servidores. Esta corrente foi a vencedora⁵³.

Em suma, a justiça administrativa tende a se "subjetivar", sob pena de ofensa à Convenção Europeia dos Direitos do Homem, o que retira a utilidade e segurança na distinção entre sistemas objetivos e subjetivos de justiça administrativa.

Visto isso, opta-se pela classificação mais difundida na doutrina, que parte da estrutura orgânica da justiça administrativa e sua relação com o Executivo e Judiciário.

Para Michel Fromont há quatro formas de organizar a justiça administrativa: (i) cumulando funções consultivas e contenciosas, (ii) formando uma ordem jurisdicional

⁵⁰ SILVA, Vasco Pereira da. **Para um contencioso administrativo dos particulares**: esboço de uma teoria subjectivista do recurso directo de anulação, op. cit., p. 264-275.

⁵¹ ROQUE, Miguel Prata. **Direito processual administrativo europeu**. Coimbra: Lisboa, 2011. p. 399.

⁵² UNIÃO EUROPEIA. **Convenção Europeia dos Direitos do Homem**. De 4 de abril de 1950, com as modificações introduzidas pelos Protocolos nos 11 e 14 acompanhada do Protocolo adicional e dos Protocolos nos 4, 6, 7, 12 e 13. Disponível em: < http://www.echr.coe.int/Documents/Convention_POR.pdf>. Acesso em: 31 mai. 2013.

⁵³ ENTERRÍA, Eduardo García de. **As transformações da justiça administrativa**: da sindicabilidade restrita à plenitude jurisdicional: uma mudança de paradigma? op. cit., p. 88-89. Informa Roque Miguel Prata que, num primeiro momento, ensaiou-se um projeto de protocolo adicional, estendendo expressamente as garantias do art. 6º da CEDH às relações administrativas, ideia abandonada face à abundante jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem já naquele sentido. ROQUE, Miguel Prata, op. cit., p. 46.

autônoma, (iii) vinculadas a uma jurisdição suprema única e, por fim, (iv) a jurisdição uma, que o publicista chama de civil⁵⁴.

Na avaliação de Jacqueline Morand-Deville são três os modelos disponíveis: (i) dualidade de jurisdição ou sistema francês; (ii) unidade de jurisdição ou sistema anglo-saxão; (iii) misto, no qual há especialização de tribunais judiciais em matéria administrativa⁵⁵.

Odete Medauar também sustenta uma classificação tripartida, mas com as seguintes peculiaridades: (i) sistema dualista seria quando há uma jurisdição administrativa independente da jurisdição comum até o último grau, embora inserida no Judiciário e submetida a um Tribunal ou Corte Constitucional; (ii) no sistema misto estão os ordenamentos em que um único tribunal representa a última instância para litígios comuns e administrativos, sem contar os de natureza constitucional; (iii) finalmente, no sistema de jurisdição uma, há apenas uma ordem de jurisdição, responsável pelo julgamento de todas as causas, administrativas ou não, admitindo-se varas, câmaras ou turmas especializadas⁵⁶.

Optam pela divisão bipartida - contencioso administrativo e jurisdição uma -, Mario Masagão⁵⁷, Seabra Fagundes⁵⁸, José Vieira Andrade⁵⁹, Wladimir Brito⁶⁰, Eduardo Lobo Botelho Gualazzi⁶¹ e Maria Sylvia Zanella Di Pietro⁶².

Nesta dissertação, serão utilizadas as seguintes definições:

- Sistema do contencioso francês, de dualidade de jurisdição, jurisdição dupla ou contencioso administrativo: há uma ordem jurisdicional organicamente ligada ao Executivo, mas dotada de autonomia e tribunais próprios, diferenciados das demais autoridades administrativas;

⁵⁴ FROMONT, Michel, op. cit., p. 120-135.

⁵⁵ MORAND-DEVILLER, Jacqueline. **Droit administratif**. 12e ed. Paris: Montchrestien, 2011. p. 15. Em sentido semelhante, RIVERO, Jean. **Curso de direito administrativo comparado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 200-210. Tradução de: Rogério Ehrhardt Soares; ANTUNES, Luís Felipe Colaço **A teoria do acto administrativo e a justiça administrativa: o novo contrato natural**. Coimbra: Almedina, 2006. p. 64-76. Marcelo Caetano também segue a divisão tripartida. No entanto, qualifica o sistema misto como aquele em que a competência para julgar litígios envolvendo a Administração podem ser tanto dos tribunais administrativos, como dos tribunais judiciais, a depender da matéria posta. CAETANO, Marcello, op. cit., p. 1253-1255.

⁵⁶ MEDAUAR, Odete. **Controle da Administração Pública**, op. cit., p. 193.

⁵⁷ Referido jurista subdivide o contencioso administrativo em absoluto e moderado. MASAGÃO, Mario, op. cit., p. 70-71.

⁵⁸ FAGUNDES, Miguel Seabra, op. cit., p. 96-97.

⁵⁹ Divididos em modelo francês e alemão. ANDRADE, José Carlos Vieira. **Justiça administrativa: lições**. 9. ed. Coimbra: Almedina, 2007. p. 18-23.

⁶⁰ Que o doutrinador identifica como "modelo administrativista" e "modelos jurisdicionalizados ou judicialistas", podendo estes serem ou não especializados o que, como visto, para outros publicistas constitui o terceiro modelo de justiça administrativa, o misto. BRITO, Wladimir, op. cit., p. 35-38.

⁶¹ GUALAZZI, Eduardo Lobo Botelho. **Justiça administrativa**, op. cit., p. 84-86.

⁶² DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 24. ed. São Paulo: Atlas, 2011, p. 754-755.

- Sistema de jurisdição una, inglês, anglo-americano ou judiciarista: tribunais judiciários comuns apreciam litígios civis e administrativos, conquanto possa existir uma especialização parcial, a exemplo de varas, câmaras ou turmas;

- Sistema misto ou alemão: notabiliza-se pela especialização de um ramo do Judiciário em matéria administrativa, com instâncias independentes, ressalvada a competência de uma Corte ou Tribunal Constitucional. Estruturalmente, assemelha-se à Justiça do Trabalho e Eleitoral brasileiras, cada uma munida de primeira, segunda e terceira instâncias apartadas do resto do Judiciário.

Com o propósito de deixar a exposição mais concreta, apresenta-se de forma sucinta um exemplo de cada uma das espécies acima delimitadas. Por conseguinte, tratar-se-á da justiça administrativa na França, Inglaterra e Alemanha, com mais detalhe nas duas primeiras, pela maior repercussão no modelo brasileiro, tanto no passado, como no presente.

2.2 O contencioso administrativo francês

Notabiliza-se pela estrutura jurisdicional especializada em processos judiciais administrativos, organicamente ligada ao Executivo, cumulando funções contenciosas e consultivas⁶³. As singularidades não se limitam a tribunais próprios: diversas leis regulam as especificidades desse tipo de processo, parte delas no *Code de Justice Administrative* - CJA⁶⁴.

2.2.1 Desenvolvimento histórico

Preleciona Jean Rivero que o contencioso administrativo nasceu na França por uma questão de princípio, interpretada à luz da tradição⁶⁵.

O princípio era a separação entre os poderes. Lido de forma radical, caberia ao Judiciário julgar crimes e disputas privadas, não os conflitos com o Poder Público. Pela

⁶³ MORAND-DEVILLER, Jacqueline, op. cit., p. 15.

⁶⁴ FRANÇA. **Code de Justice Administrative**. Código de Justiça Administrativa. Disponível em: <<http://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?cidTexte=LEGITEXT000006070933>>. Acesso em: 30 mai. 2013.

⁶⁵ RIVERO, Jean. **Direito Administrativo**. Coimbra: Almedina, 1981. p. 157-158. Tradução de: Rogério Ehrhardt Soares.

fórmula da época, julgar a Administração seria também administrar, o que excluía a participação de juízes judiciais⁶⁶.

No tocante à tradição, muito antes da Revolução Francesa, aquele país conheceu tribunais especializados - *parlements* - em matéria administrativa, como cortes de auxílio, câmaras de contas e tribunas de águas e florestas. O soberano, por seus comissários e intendentes, avocava para esses tribunais especiais o julgamento das causas⁶⁷.

Essas avocações, consoante Tocqueville, deviam-se à autonomia que a magistratura togada gozava em relação ao rei, que não podia removê-los ou afastá-los. Então, nas causas envolvendo autoridades públicas, atos por ela praticados ou ainda ligados a algum interesse público, intervinha o monarca, atribuindo-as ao Conselho do Rei, num procedimento que, de tão repetido, foi institucionalizado⁶⁸. Noutros países em que a magistratura já era dócil ao soberano, a necessidade de uma ordem jurisdicional especializada não se repetiu, o que contribuiu para a excepcionalidade francesa⁶⁹.

Após a Revolução Francesa, a separação dos poderes foi positivada na Declaração dos Direitos do Homem e Cidadão [“toda Sociedade na qual a garantia dos direitos não está assegurada e nem determinada a separação dos poderes não tem Constituição”], conferindo alicerce a normas como o art. 13 da Lei de 16 a 24 de agosto de 1790, segundo o qual:

Art. 13. As funções judiciais são distintas e permanecerão sempre separadas das funções administrativas. Os juízes não poderão, sob pena de prevaricação, intervir de qualquer maneira que seja nas operações dos corpos administrativos, nem citar diante de si os administradores em razão de suas funções⁷⁰.

⁶⁶ Conquanto alguns atribuam essa interpretação das ideias de Montesquieu a um erro técnico, Guido Santiago Tawl opina que se tratou de algo deliberado. Por razões políticas, temia-se atribuir poderes aos juízes comuns, oriundos da antiga nobreza. TAWIL, Guido Santiago. **Administración y Justicia**: alcance del control judicial de la actividad administrativa. Buenos Aires: Depalma, v.1. 1993. p. 57-58.

⁶⁷ RIVERO, Jean. **Direito Administrativo**, op. cit., p. 157-158.

⁶⁸ Isso foi discriminado, por exemplo, no *Edit de Saint-Germain* em 1641, que delimitava as competências das juízes ordinários: "Declaramos que nossa dita Corte de Parlamento de Paris e todas nossas outras Cortes foram estabelecidas somente par prestar justiça a nossos súditos; fazendo-lhe bem expressas inibições e proibições [...] de tomar, no futuro, conhecimento de qualquer assunto [...] que possa concernir ao Estado, à administração, ao governo, que reservamos somente à nossa pessoa, se somos nós que lhes damos o poder e a competência especial pelas nossas cartas patentes". Tradução de: GUALAZZI, Eduardo Lobo Botelho. **Justiça administrativa**, op. cit., p. 91-92.

⁶⁹ Segundo Tocqueville, eram atribuídos ao Conselho do Rei processos cuja ligação com a Administração Pública eram invisíveis ou inexistentes, a exemplo de uma disputa entre vizinhos, nos quais um deles desagradou-se com a decisão tomada pelos magistrados togados. TOCQUEVILLE, Alexis de. **O antigo regime e a revolução**. 4. ed. Brasília: Universidade de Brasília, 1997. p. 89-91. Tradução de: Yvone Jean.

⁷⁰ MORAND-DEVILLER, Jacqueline, op. cit., p. 17.

O art. 1º, item 3 do Capítulo V da Constituição Francesa de 1791 foi pelo mesmo caminho, desautorizando os tribunais ordinários a interferir nas funções administrativas e a citar os administradores em razão de suas funções. E, em 1795, na Lei de 16 de Frutidor do ano III, “[f]azem-se proibições reiteradas aos tribunais de conhecerem os atos da Administração, sejam de que espécie forem, sob as penas da lei”⁷¹.

Havia motivos práticos por detrás dessa leitura extremada da separação dos poderes: com tais providências, criava-se alguma imunidade em favor da Administração e seus agentes, o que era desejável face os abusos quanto à vida e propriedade praticados por aqueles durante o período revolucionário⁷². Receava-se, outrossim, que atribuir poderes aos juízes comuns, os quais provinham da antiga nobreza, poderia fazer surgir resistências ao novo regime, como já haviam feito antes, contra o Antigo Regime. Em feliz síntese, Vasco Pereira da Silva explica que

A moral a retirar desta passagem é a seguinte: os revolucionários estão muito agradecidos pela actuação dos parlamentos [magistrados judiciais] no Antigo Regime, mas não querem que ela se venha a repetir no futuro pois, agora, são eles que detêm o poder, pelo que uma tal actuação dos tribunais já não é mais necessária⁷³.

Sem acesso aos tribunais comuns, só restava ao prejudicado apelar à própria autoridade tomadora da decisão, o que não propiciava maiores garantias, pois aquela enfeixava os papéis de interessada direta e julgadora. Isso veio a ser conhecido como sistema do administrador-juiz⁷⁴.

Contrário às exigências mais elementares de justiça, o sistema do administrador-juiz precisava ser alterado. Veio então a ideia de substituí-lo por um corpo misto, meio administrativo, meio judiciário, que harmonizasse o espírito da Administração e o sentido da Justiça⁷⁵. Em 1799, a Constituição do ano VIII criou o Conselho de Estado. Cabia-lhe redigir projetos de lei e regulamentos da Administração Pública e ainda resolver dificuldades que as matérias administrativas levantassem⁷⁶. As atribuições, como se vê, eram consultivas.

⁷¹ RIVERO, Jean. **Direito Administrativo**, op. cit., p. 158.

⁷² PÉREZ, Jesús González; CASSAGNE, Juan Carlos. **La justicia administrativa en Iberoamérica**. Buenos Aires: Lexis Nexis, 2005. p. 38-39.

⁷³ SILVA, Vasco Pereira da. **Para um contencioso administrativo dos particulares**: esboço de uma teoria subjectivista do recurso directo de anulação, op. cit., p. 22-23.

⁷⁴ RIVERO, Jean. **Direito Administrativo**, op. cit., p. 159.

⁷⁵ CHAPUS, René, op. cit., p. 44-45.

⁷⁶ É interessante ressaltar certa continuidade entre o Antigo Regime e o contencioso administrativo. Naquele, já se excluía da apreciação do juiz comum - os *parlements* - o julgamento de causas de interesse do Poder Público. Passada a Revolução Francesa, o sistema de justiça abeberou-se das fontes precedentes, como a divisão de competências entre justiça comum e especial, um regime jurídico peculiar e, mesmo, a disposição do Conselho

O julgamento dos conflitos de interesses estava nas mãos dos ministros de Estado, cujas decisões poderiam ser desafiadas por recurso ao Primeiro Cônsul, que os apreciava com base em parecer do Conselho de Estado, acolhendo-o ou não. Era o discreto começo do divórcio entre a função administrativa e jurisdicional, pois a insatisfação poderia ser apreciada por órgão diferente do prolator da decisão inicial⁷⁷. Nesse sentido, a justiça era retida [*justice retenue*] nas mãos do Executivo, cuja palavra final era precedida pela oitiva do Conselho de Estado.

No âmbito local era diferente. A Lei 28 de Pluviôse do ano VIII outorgou aos conselhos de prefeitura⁷⁸ o poder decisório acerca de obras públicas, bens nacionais e domínio público. Mais que simples emissão de pareceres, os conselhos de prefeitura, em certas hipóteses, julgavam o litígio - sem delegação -, uma antecipação do que viria a seguir⁷⁹.

Conquanto diga-se que Napoleão jamais rejeitou um parecer do Conselho de Estado, o soberano poderia abster-se de fazer a consulta ou retirá-la após a apresentação, acaso fosse um assunto complexo ou inconveniente⁸⁰. Isso só mudou em 1872, quando lei reorganizou o órgão, atribuindo-lhe o poder de decisão “em nome do povo francês”, sem necessidade de aprovação por parte do Chefe de Estado, bem como criou o Tribunal de Conflitos. No caso *Cadot*⁸¹, em 1889, o Conselho de Estado consagrou o abandono definitivo da intervenção preambular do ministro-juiz; a partir de então, da primeira à última instância, o litígio era julgado pelos órgãos do contencioso administrativo - à época, conselhos de prefeitura e Conselho de Estado⁸². Era o início da justiça delegada [*justice déléguée*].

de Estado como órgão de cúpula, um misto de tribunal de cassação e órgão consultivo, a exemplo do extinto Conselho do Rei. Isso teria se expressado inclusive ao nível da técnica jurídica, quanto à linguagem. SILVA, Vasco Pereira da. **Para um contencioso administrativo dos particulares**: esboço de uma teoria subjectivista do recurso directo de anulação, op. cit., p. 20-27.

⁷⁷ CORREIA, Sérvulo, op. cit., p. 45.

⁷⁸ As *préfectures*, chefiadas por um *préfet* não possuem equivalência com as prefeituras do direito brasileiro, isto é, a sede do Executivo Municipal. Tratam-se, pois, de órgãos desconcentrados do governo nacional em nível local. O que seria mais próximo da administração municipal são as comunas, à cargo do *maire*. ALMEIDA, Domingos Augusto Paiva. Direito administrativo in **Introdução ao direito francês**. Juruá: Curitiba, v. 1, 2009. p. 294-295.

⁷⁹ CORREIA, Sérvulo, op. cit., p. 45-46

⁸⁰ MORAND-DEVILLER, Jacqueline, op. cit., p. 22.

⁸¹ Cadot era diretor de estradas e pontes de Marselha e foi dispensado por conta da abolição do seu cargo. Pleiteou, então, a anulação dessa decisão e indenização, causa cujo conhecimento foi recusado pelo conselho de prefeitura, a justiça judiciária e também pelo Ministro do Interior, por falta de competência. Provocado, o Conselho de Estado conheceu do feito, sob argumento de assegurar o acesso à jurisdição administrativa, uma vez que a causa fugia da competência restrita dos conselhos de prefeitura, e nem poderia ser atribuída a uma autoridade externa à jurisdição administrativa, como um ministro de Estado. Ao final, os pedidos foram rejeitados. FRANÇA. Conselho de Estado. **Arrêt n° 66145 (Cadot)**. Paris, 13 de dezembro de 1889. Disponível em: < http://www.lexinter.net/JPTXT2/arret_cadot.htm >. Acesso em: 30 mai. 2013.

⁸² RIVERO, Jean. **Direito Administrativo**, op. cit., p. 160.

O reconhecimento constitucional da jurisdição administrativa demoraria mais. A Constituição Francesa de 1958 abordou o Judiciário - *autorité judiciaire* -, mas não a jurisdição administrativa. Só em 1980 o Conselho Constitucional afirmou a independência da instituição em relação ao Legislativo e Executivo. A conferir o seguinte trecho do julgado:

6. Considerando que resulta das disposições do artigo 64 da Constituição no tocante à autoridade judicial e dos princípios fundamentais reconhecidos pelas leis da República no que diz respeito, desde a lei de 24 de maio de 1872, ao órgão jurisdicional administrativo, que a independência dos órgãos jurisdicionais é garantida, bem como o caráter específico das suas funções sobre as quais não podem intrometer-se nem o legislador nem o Governo; não cabendo nem ao legislador nem ao Governo a censura das decisões dos órgãos jurisdicionais, a sua direção e a sua substituição no julgamento dos litígios de suas respectivas competências [tradução livre]⁸³.

O passo seguinte veio em 1987, quando o Conselho Constitucional declarou a inconstitucionalidade de lei que transferia à jurisdição civil as impugnações das decisões tomadas pelo Conselho de Concorrência. Cita-se fragmento da decisão:

15. Considerando que as disposições dos artigos 10 e 13 da lei de 16 e 24 de agosto de 1790 e o decreto 16 do Fructidor Ano III, que estabeleceram de forma geral o princípio de separação das autoridades administrativas e judiciais, não têm em si valor constitucional; mas que, no entanto, em conformidade com a concepção francesa da separação dos poderes, figuram na qualidade de “princípios fundamentais reconhecidos pelas leis da República”, pela qual, excetuando as matérias reservadas por natureza à autoridade judicial, é de competência do órgão jurisdicional administrativo a anulação ou reforma das decisões tomadas, no exercício das prerrogativas de poder público, pelas autoridades que exercem o Poder Executivo, os seus agentes, coletividades territoriais da República ou os organismos públicos colocados sob a sua autoridade ou controle.

[...]

Resolve:

Artigo primeiro:

A lei de transferência à jurisdição judiciária da competência do Conselho da Concorrência é inconstitucional [tradução livre]⁸⁴.

⁸³ “6. Considérant qu'il résulte des dispositions de l'article 64 de la Constitution en ce qui concerne l'autorité judiciaire et des principes fondamentaux reconnus par les lois de la République en ce qui concerne, depuis la loi du 24 mai 1872, la juridiction administrative, que l'indépendance des juridictions est garantie ainsi que le caractère spécifique de leurs fonctions sur lesquelles ne peuvent empiéter ni le législateur ni le Gouvernement; qu'ainsi, il n'appartient ni au législateur ni au Gouvernement de censurer les décisions des juridictions, d'adresser à celles-ci des injonctions et de se substituer à elles dans le jugement des litiges relevant de leur compétence”. FRANÇA. Conselho Constitucional. **Décision n° 80-119**. Paris, 22 de julho de 1980. Disponível em: <<http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/les-decisions/acces-par-date/decisions-depuis-1959/1980/80-119-dc/decision-n-80-119-dc-du-22-juillet-1980.7775.html>>. Acesso em: 30 mai. 2013.

⁸⁴ “15. Considérant que les dispositions des articles 10 et 13 de la loi des 16 et 24 août 1790 et du décret du 16 fructidor An III qui ont posé dans sa généralité le principe de séparation des autorités administratives et judiciaires n'ont pas en elles-mêmes valeur constitutionnelle; que, néanmoins, conformément à la conception française de la séparation des pouvoirs, figure au nombre des “principes fondamentaux reconnus par les lois de la République” celui selon lequel, à l'exception des matières réservées par nature à l'autorité judiciaire, relève en dernier ressort de la compétence de la juridiction administrative l'annulation ou la réformation des décisions prises, dans l'exercice des prérogatives de puissance publique, par les autorités exerçant le pouvoir exécutif,

O último precedente é um aprofundamento do anterior. Isto é, primeiro houve o reconhecimento de que a justiça administrativa está dentre os “princípios fundamentais reconhecidos pelas leis da República”, de sorte que não poderia ser extinta por atos infraconstitucionais; no julgado mais recente, reconhece-se uma competência peculiar, que não poderia ser suprimida pelo legislador ordinário, sob pena de inconstitucionalidade.

2.2.2 Organização geral

A estrutura principal compreende: (i) o Conselho de Estado, órgão de cúpula; (ii) cortes administrativas de apelação, a segunda instância; (iii) tribunais administrativos, a primeira instância. Há, também, jurisdições administrativas tecnicamente especializadas, a exemplo do Tribunal de Contas e Tribunal de Disciplina Orçamentária e Financeira; tribunais disciplinares, como o Conselho Superior de Educação Nacional, conselhos de ordens profissionais; a Comissão Central de Assistência Social, a Corte Nacional do Direito de Asilo, dentre outras⁸⁵.

Adiante serão abordados aspectos gerais da estrutura principal do contencioso administrativo francês.

2.2.2.1 Órgão de cúpula: o Conselho de Estado

O Conselho de Estado encima os tribunais do contencioso administrativo, funcionando como última instância recursal, dentre outras competências. O órgão é

leurs agents, les collectivités territoriales de la République ou les organismes publics placés sous leur autorité ou leur contrôle [...] Décide: Article premier: La loi transférant à la juridiction judiciaire le contentieux des décisions du conseil de la concurrence est contraire à la Constitution". FRANÇA. Conselho Constitucional. **Décision n° 86-224**. Paris, 23 de janeiro de 1987. Disponível em: <<http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/les-decisions/acces-par-date/decisions-depuis-1959/1987/86-224-dc/decision-n-86-224-dc-du-23-janvier-1987.8331.html>>. Acesso em: 30 mai. 2013.

⁸⁵ MORAND-DEVILLER, Jacqueline, op. cit., p. 47-48.

comandado ordinariamente pelo Vice-Presidente [art. L121-1 do Código de Justiça Administrativa]⁸⁶ e composto por duzentos e quinze membros.

Há diversas formas de acesso ao Conselho de Estado. A mais comum seleciona candidatos dentre os alunos mais bem classificados da Escola Nacional de Administração para uma das cinco vagas de auditor oferecidas anualmente. Ao final de quatro anos, os auditores são promovidos a *maîtres des requêtes* e, doze anos após a primeira promoção, passam a conselheiros de Estado. O único critério de promoção é a antiguidade, o que lhes assegura maior independência. Além disso, há a chamada via externa [*tour extérieur*]: um quarto dos *maîtres des requêtes* e um terço dos conselheiros de Estado são escolhidos dentre personalidades, parte delas reservadas a membros dos tribunais administrativos e das cortes administrativas de apelação, após proposta do Vice-presidente do Conselho de Estado. Por fim, há conselheiros em serviço extraordinário, nomeados por quatro anos e que são membros apenas das seções administrativas, isto é, não toma parte nos julgamentos contenciosos⁸⁷. Em suma, trata-se de composição bastante heterogênea, não limitada à seara jurídica, o que condiz com as funções administrativas e consultivas cumuladas pelo órgão.

Acerca das atribuições desempenhadas, o Conselho de Estado é dividido em seis seções administrativas – Interior, Finanças, Obras Públicas, Social, Administração e Estudos e Relatórios – e apenas uma é contenciosa [art. R123-2 do Código de Justiça Administrativa]. Sinteticamente, tem-se:

- No módulo consultivo, opina-se sobre projetos de lei, regulamentos ou assuntos concretos capazes de criar dificuldades administrativas. Na hipótese de o tema objeto da consulta retornar ao Conselho de Estado sob a forma de processo contencioso, os conselheiros que tomaram parte na consulta não podem tomar parte neste julgamento [art. R122-21-1 do Código de Justiça Administrativa]⁸⁸;

- Quanto às atribuições hierárquicas, o Conselho de Estado examina as condições de funcionamento dos tribunais administrativos e cortes administrativas de apelação, fixa metas e intervém em seu funcionamento;

- Por derradeiro, as funções contenciosas referem-se ao julgamento de processos, tanto em sede recursal como em competência originária.

⁸⁶ Trata-se de uma reminiscência dos tempos em que o Conselho de Estado era presidido pelo Chefe do Estado ou uma autoridade política. CONSEIL D'ÉTAT. **O Conselho de Estado em resumo**. Disponível em: <<http://www.conseil-etat.fr>>. Acesso em 06 mar. 2013.

⁸⁷ CONSEIL D'ÉTAT. **O Conselho de Estado em resumo**. Disponível em: <<http://www.conseil-etat.fr>>. Acesso em 06 mar. 2013.

⁸⁸ MORAND-DEVILLER, Jacqueline, op. cit., p. 28.

Essa concentração de poderes, para os críticos, limita a imparcialidade dos juízes administrativos de inferior instância; por outro lado, tem a virtude de manter a coerência global do sistema, pela direção única⁸⁹.

2.2.2.2 Cortes administrativas de apelação, tribunais administrativos e algumas questões processuais

As cortes administrativas de apelação foram criadas em 1989, com o propósito de desonerar o Conselho de Estado de parte de sua competência recursal. Presididas por um conselheiro do Estado, funcionam como segunda instância e contam com oito unidades em funcionamento. Os tribunais administrativos, por sua vez, originam-se nos antigos conselhos de prefeitura da lei de 28 do Pluvioso do ano VIII. São a primeira instância da justiça administrativa e, hoje, em número de quarenta e dois⁹⁰.

Para além das atribuições contenciosas, ambos tribunais desempenham funções consultivas: as cortes administrativas de apelação atendem aos prefeitos de região; nos demais casos, a consulta é da alçada dos tribunais administrativos [art. R212-1 do Código de Justiça Administrativa].

A exemplo da composição do Conselho de Estado, há múltiplas formas de ingresso nos tribunais de primeira e segunda instância, existindo egressos da Escola Nacional de Administração e pessoas de fora - *tour extérieur* -, servidores públicos e ainda via concurso complementar, o que tem por escopo enriquecer as cortes pela integração de pessoas com diferentes formações profissionais⁹¹.

No tocante ao regime jurídico, os juízes administrativos são funcionários públicos, mas com garantias de independência e, inclusive, inamovibilidade. As promoções, unicamente pelo critério da antiguidade, vêm a complementar a proteção de sua independência⁹².

⁸⁹ PAULIAT, Hélène. Le modèle français d'administration de la justice: distinctions et convergences entre justice judiciaire et justice administrative. **Revue française d'administration publique**, Paris, n. 125, jan. 2008. Disponível em: <<http://www.cairn.info/revue-francaise-d-administration-publique-2008-1-page-93.htm#resume>>. Acesso em: 24 mai. 2013.

⁹⁰ Disponível em: <<http://www.conseil-etat.fr/fr/organisation-2/>>. Acesso em 21 out. 2013.

⁹¹ ODENT, Bruno; TRUCHET, Didier. **La justice administrative**. 2ème ed. Paris: Puf, 2008. p. 13-14.

⁹² Ibidem, p. 13-14.

Diferentemente do Brasil, os julgamentos são proferidos em formação colegiada desde a primeira instância, salvo disposição legal em contrário⁹³. As deliberações são sigilosas, só vindo a público a posição vencedora, sem votos dissidentes⁹⁴.

Em regra, um prévio procedimento administrativo [*préalable administratif*] é necessário para que exista um ato administrativo a ser atacado. Isso delimita o conflito e confere racionalidade ao processo, evitando ações sem fundamento. A jurisprudência considera que uma decisão administrativa existe ainda que não tenha sido formalizada e possa ser revelada pelas circunstâncias do caso. A omissão em decidir, por dois meses, presume a negativa da Administração [art. R421-2 do Código de Justiça Administrativa].

2.2.3 Competência da ordem administrativa

Nem toda ação envolvendo o Poder Público é da alçada do contencioso administrativo, havendo numerosos casos em que o juiz judiciário é o competente. Como os textos legais não são sistematizados, pode haver alguma dificuldade na empreitada de identificar a ordem jurisdicional competente, o que reforça a importância da jurisprudência⁹⁵.

Grosso modo, a jurisdição administrativa é competente para (i) apreciar a atividade administrativa (ii) das pessoas públicas francesas. Melhor explicando:

- por entidades públicas ou pessoas jurídicas de direito público entende-se o Estado, coletividades territoriais, instituições públicas e grupos de interesse público⁹⁶;

- no que toca à atividade administrativa, o princípio fundamental remonta ao caso *Blanco*⁹⁷. O que vai determinar se a competência é do juiz judiciário ou administrativo será a aplicação do direito privado ou do direito administrativo por parte da Administração - "é a

⁹³ CJA. Article L3. Les jugements sont rendus en formation collégiale, sauf s'il en est autrement disposé par la loi.

⁹⁴ CJA. Article L8. Le délibéré des juges est secret.

⁹⁵ CHAPUS, René, op. cit., p. 156.

⁹⁶ ODENT, Bruno; TRUCHET, Didier, op. cit., p. 39.

⁹⁷ Funcionários da manufatura de tabaco de Bordeaux, que era explorada pelo Estado, empurravam uma carroça e não perceberam nas proximidades a criança Agnès Blanco, que foi atropelada e teve uma perna amputada. Seu pai, então, moveu ação indenizatória contra os funcionários envolvidos no acidente e contra o Estado, perante a jurisdição civil, que se recusou a julgá-la. No Tribunal de Conflitos, considerou-se que a responsabilidade do Estado por danos aos particulares causados por pessoas empregadas no serviço público não pode ser regida pelos princípios estabelecidos no Código Civil. Seria o caso de se aplicar regras especiais, que variam de acordo com as necessidades do serviço e da necessidade de se equilibrar os direitos do Estado com os direitos privados. FRANÇA. Tribunal de Conflitos. **Arrêt Blanco**. Paris, 8 de fevereiro de 1873. Disponível em: <<http://www.legifrance.gouv.fr>>. Acesso em: 30 mai. 2013.

natureza das regras a aplicar ao fundo que determina a competência"⁹⁸. Consequentemente, compete ao juiz judiciário processar e julgar causas: (i) ligadas ao patrimônio não afetado da Administração, uma vez que, nesse caso, aplica-se o direito privado e, por conseguinte, o juiz judiciário é o competente⁹⁹; (ii) quando o Poder Público explorar um serviço público industrial ou comercial¹⁰⁰.

Incidentalmente, até o juiz criminal tem competência para interpretar atos administrativos, normativos ou individuais, quando necessário ao julgamento criminal [art. 111-5 do Código Penal].

Outro tópico relevante é a assunção do juiz judiciário como guardião das liberdades privadas e do direito de propriedade. No começo do século XIX, época em que a jurisdição administrativa ainda não oferecia garantias idênticas à jurisdição ordinária, a legislação atribuiu ao juiz judiciário as questões de maior importância à segurança jurídica dos particulares, tais como o estado das pessoas e os atentados à liberdade individual e à propriedade privada¹⁰¹. Fiel a essa tradição, o art. 66 da Constituição de 1958 prescreveu que "[...] [n]inguém poderá ser detido arbitrariamente. A autoridade judicial, garante da liberdade individual, assegurará o respeito deste princípio, na forma prevista em lei"¹⁰². Com arrimo nesse artigo, são também exceções à competência do juiz administrativo: (i) ações que envolvam o estado das pessoas e indenizações por (ii) expropriação, (iii) acidentes envolvendo veículos da Administração, (iv) prisões provisórias abusivas ou pelo mau funcionamento do serviço judiciário¹⁰³.

Há outras situações muito especiais, que só podem ser explicadas pela tradição. Assim, se a lide versar sobre títulos nobiliário, abrem-se duas alternativas: a controvérsia sobre a existência do título deve ser julgada pelo magistrado administrativo; mas, se a disputa for restrita à transmissão do título, a competência será do juiz judiciário¹⁰⁴.

Outro exemplo: pretensão indenizatória por acidente automobilístico envolvendo cervos e javalis provenientes de uma floresta pública são julgados pelos juízes judiciários; já

⁹⁸ RIVERO, Jean. **Direito Administrativo**, op. cit., p. 197.

⁹⁹ MORAND-DEVILLER, Jacqueline, op. cit., p. 583-584.

¹⁰⁰ VAN LANG, Agathe. **Juge judiciaire et droit administratif**. L.G.D.J.: Paris, 1996. p. 78-82; ODENT, Bruno; TRUCHET, Didier, op. cit., p. 36-42.

¹⁰¹ RIVERO, Jean. **Direito Administrativo**, op. cit., 200-201.

¹⁰² Article 66. Nul ne peut être arbitrairement détenu. L'autorité judiciaire, gardienne de la liberté individuelle, assure le respect de ce principe dans les conditions prévues par la loi. Disponível em: <<http://www.assemblee-nationale.fr/espanol/8bb.asp>>. Acesso em 24 out. 2013.

¹⁰³ VAN LANG, Agathe, op. cit., p. 78-82; ODENT, Bruno; TRUCHET, Didier, op. cit., p. 36-42; MORAND-DEVILLER, Jacqueline, op. cit., p. 583-584.

¹⁰⁴ MORAND-DEVILLER, Jacqueline, op. cit., p. 584.

danos advindos de falhas nos serviços de prevenção a incêndios florestais são da alçada do juiz administrativo¹⁰⁵.

E, contrariando a regra segundo a qual sempre que a Administração agir usufruindo de suas prerrogativas a competência seria da jurisdição administrativa, a impugnação de decisões de algumas autoridades administrativas independentes, em setores como Autoridade da Concorrência, de Valores Mobiliários, da autoridade reguladora das comunicações eletrônicas, correios, energia, dentre outras, pertence ao juiz judiciário¹⁰⁶. Essa unificação da competência - em bloco - tem sua razão de ser no interesse da boa administração da justiça, minimizando os conflitos de competência¹⁰⁷.

Ante uma regulamentação tão minuciosa, o potencial de conflitos é enorme. É papel do Tribunal de Conflitos, um órgão paralelo às jurisdições judiciárias e administrativas, julgar os conflitos de competência. Organizado de forma paritária, compõem-se por nove membros: três conselheiros de Estado, três magistrados do Tribunal de Cassação e outros dois, eleitos por seus pares. A presidência do órgão foi atribuída ao Ministro da Justiça, que só intervém nos raros casos de empate¹⁰⁸.

Como se vê, não se adota o critério de competência quanto à pessoa; não é a presença de um ente público na lide que trará o feito para a ordem administrativa, mas a que título esta ação se desenvolve. Consequentemente, são numerosas as hipóteses em que um ente público é demandado perante o juiz judiciário.

Esse quadro complexo de divisão de competências entre as ordens judiciária e administrativa testemunha a perda do fundamento original da jurisdição administrativa: a preocupação de defender a independência do Executivo contra autoridade judicial. No lugar disso, há uma justificativa técnica baseada na divisão racional de trabalho entre duas jurisdições especializadas, não obstante o inconveniente da dificuldade de se determinar perante qual jurisdição determinado caso deve ser apresentado¹⁰⁹.

¹⁰⁵ MORAND-DEVILLER, Jacqueline, op. cit., p. 583-584.

¹⁰⁶ ODET, Bruno; TRUCHET, Didier, op. cit., p. 38.

¹⁰⁷ FRANÇA. Conselho Constitucional. **Décision n° 86-224**. Paris, 23 de janeiro de 1987. Disponível em: <<http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/les-decisions/acces-par-date/decisions-depuis-1959/1987/86-224-dc/decision-n-86-224-dc-du-23-janvier-1987.8331.html>>. Acesso em: 30 mai. 2013.

¹⁰⁸ RIVERO, Jean. **Direito Administrativo**, op. cit., p. 165.

¹⁰⁹ Ibidem, p. 161-162.

2.2.4 Críticas ao modelo: a suposta parcialidade do contencioso administrativo

Há muito se afirma que o contencioso francês seria parcial, predisposto a favorecer a Administração, como um juiz especial e benevolente. Mario Masagão, nesse sentido, considera:

200 - Não ha, pois, brecha por onde os defensores do contencioso administrativo o façam escapar a esta arguição suprema e esmagadora: o contencioso administrativo é o absurdo jurídico de uma das partes julgar em que é interessada. É necessário um sofrível embotamento da consciência jurídica, para arrancar a toga sagrada dos ombros do magistrado, atirá-la às costas de um dos contendores, e dizer-lhe: toma, julga tú mesmo do teu direito, contra o direito alheio! O contencioso administrativo importa nesse procedimento imoral¹¹⁰. (conforme o original)

No princípio, é bem verdade que a Administração julgava a si mesma [administrador-juiz]. E, um pouco adiante, quando o contencioso administrativo foi criado, era um foro privilegiado, fadado à defesa da Administração por "seu juiz". Esse "pecado original", para usar expressão de Vasco Pereira da Silva¹¹¹ foi aos poucos absolvido pelas modernizações subsequentes.

Ora,

[s]e a jurisdição administrativa sobreviveu não foi apenas pela força da tradição, foi porque às razões que justificavam a sua criação se substituíram, para justificar a sua manutenção, novas razões que ela própria criou. Sabemos já que parte lhe cabe na elaboração de um direito administrativo autónomo e original. As características particulares desse direito permitem pensar que os tribunais ordinários estariam mal preparados para o aplicarem e prosseguirem o seu desenvolvimento. Muito informados acerca das realidades administrativas, os juízes da Administração sabem até onde podem ir no controlo que lhe impõem; e vão tanto mais longe quanto estão seguros de não irem longe demais. Certamente não estão protegidos nem contra excessos de timidez [...], nem contra as audácias que o poder julga intempestivas e diante das quais não se inclina [...]; mas os juízes ordinários, menos informados, correriam o risco de muitas vezes serem despropositadamente reservados ou demasiado severos¹¹².

De tempos em tempos, aspectos pontuais do contencioso francês são contestados com base no art. 6º, alínea 1 da Convenção Europeia dos Direitos do Homem - direito a um processo equitativo. Podem ser citados dois casos emblemáticos: (i) o papel do antigo

¹¹⁰ MASAGÃO, Mario, op. cit., p. 94.

¹¹¹ SILVA, Vasco Pereira da. **O contencioso administrativo no divã da psicanálise**, op. cit., p. 9-13.

¹¹² RIVERO, Jean. **Direito Administrativo**, op. cit., p. 162.

comissário do governo - *commissaire du gouvernement* - no processo judicial administrativo e (ii) as funções consultivas da jurisdição administrativa.

O comissário do governo era encarregado de emitir pareceres sobre os casos a serem julgados [art. 17 do Código de Justiça Administrativa]. Em que pese o nome do órgão, seu papel não era defender a Administração - isso cabe às procuradorias dos órgãos públicos -, e sim atentar para a correta aplicação da lei. Tratava-se do Ministério Público junto à jurisdição administrativa e, por não ser parte no processo, sua manifestação era a última antes da deliberação dos magistrados¹¹³. Outra prerrogativa exclusiva era presenciar as sessões de deliberação, que são sigilosas para os litigantes¹¹⁴.

O Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, nos casos *Kress*¹¹⁵ e *Martinie*¹¹⁶, ambos contra a França, julgou que não permitir às partes o prévio conhecimento das conclusões do comissário do governo atentava contra o direito a um processo justo. Reformas legislativas posteriores rebatizaram o órgão como relator público, franquearam o acesso prévio das partes ao seu parecer e vetaram a presença do relator público na sessão de deliberação, como de resto já era proibido às partes¹¹⁷.

No atinente à cumulação de funções consultivas e contenciosas pelos órgãos da jurisdição administrativa e potencial malferimento ao direito a um tribunal imparcial, o tema também foi debatido no Tribunal Europeu dos Direitos do Homem que, por sinal, possui competência consultiva¹¹⁸.

¹¹³ No Brasil, quando o Ministério Público funcionar como fiscal da lei, tem direito de vista dos autos após as partes, bem apresenta seu parecer também por último, depois das alegações das partes [arts. 83, I e 454 do Código de Processo Civil].

¹¹⁴ CAPITANT, David. O Ministério Público diante das jurisdições administrativas. Tradução de Rita Jover Faleiros. **Revista CEJ**, Brasília, n. 34, jul/set 2006. p. 57.

¹¹⁵ Tratava-se de um pleito indenizatório por conta de invalidez derivada de suposto erro médico. O caso, ao chegar no Conselho de Estado, recebeu manifestação oral do comissário do governo, o que teria violado o devido processo legal, surpreendendo o advogado da requerente, que não pôde manifestar-se efetivamente. Rejeitou-se a ideia de que o comissário seria uma espécie de magistrado, uma vez que se manifesta antes dos julgadores, além de não ter direito a voto durante a deliberação. Fora a violação ao direito a um processo equitativo, condenou-se a França pela demora excessiva no julgamento da causa, pouco mais de dez anos. EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. **Information n.º 31 on the case-law of the Court June 2001**. Disponível em: <http://echr.coe.int/Documents/CLIN_2001_06_31_ENG_815322.pdf>. Acesso em 26 mai. 2013.

¹¹⁶ O precedente refere-se a um contador de uma instituição pública, que no processo de prestação de contas foi condenado a indenizar o erário por força de pagamentos indevidos. No TEDH foi impugnada a participação do comissário do governo na etapa de deliberação, direito que não extensível ao particular. Asseverou-se que a mera presença do comissário do governo na etapa de deliberação, já violaria o art. 6º, alínea 1 da Convenção Europeia dos Direitos do Homem. EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. **Information n.º 85 on the case-law of the Court Abril 2006**. Disponível em: <http://echr.coe.int/Documents/CLIN_2006_04_85_ENG_822323.pdf>. Acesso em 26 mai. 2013.

¹¹⁷ MORAND-DEVILLER, Jacqueline, op. cit., p. 30.

¹¹⁸ Trata-se de emissão de pareceres à pedido do Comitê de Ministros sobre questões relativas à interpretação da Convenção e dos seus protocolos [art. 47, 1 da Convenção Europeia de Direitos Humanos].

No caso *Procola*, o Tribunal Europeu dos Direitos do Homem não viu irregularidade alguma na cumulação de competências consultivas e contenciosas, por um mesmo tribunal. Mas, certas circunstâncias especiais do caso concreto determinaram o reconhecimento do vício: quatro dos cinco julgadores emitiram parecer no módulo consultivo, de sorte que a maioria estaria vinculada à opinião anterior, não assegurando que a causa fosse apreciada de forma imparcial¹¹⁹.

Recentemente, o Tribunal Europeu dos Direitos do Homem repisou que a aferição da independência de determinado tribunal depende da forma de nomeação de seus membros e suas garantias, não se podendo presumir a parcialidade pelo simples fato de o tribunal cumular funções consultivas e contenciosas. O que não significa que, em casos peculiares, alguns desvios não possam atentar contra o dever de imparcialidade. Nesse sentido, os julgados *Kleyn*¹²⁰ e *Sacilor-Lormines*¹²¹.

¹¹⁹ Em Luxemburgo, o Conselho de Estado, a exemplo de seu congênere francês, possui funções consultivas. Referido órgão opinou favoravelmente à fixação de "quotas leiteiras" em projeto de regulamento. Posteriormente, *Procola*, uma associação agrícola, insurgiu-se contra a legalidade das referidas quotas. O caso litigioso foi apreciado pelo Conselho do Estado que o rejeitou, em que pese quatro dos cinco juízes que tomaram parte no julgamento, já haviam se manifestado previamente sobre a questão subjacente - "quotas leiteiras" - no modo consultivo. Para o Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, houve violação à imparcialidade, ante a prévia manifestação dos magistrados acerca do caso sob julgamento. EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. **Case of Procola vs. Luxemburgo**. Application no. 14570/89. 28 set. 1995. Disponível em: < <http://echr.ketse.com/doc/14570.89-en-19930701>>. Acesso em: 30 mai. 2013.

¹²⁰ Na Holanda, um grande projeto ferroviário foi submetido a parecer consultivo perante o Conselho de Estado e à consulta pública. Os prejudicados com o traçado da ferrovia questionaram-na judicialmente mas, ao final, tais pleitos foram rejeitados pelo Conselho de Estado. Perante o Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, atacou-se o desenho do Conselho de Estado holandês, a participação dos conselheiros nas etapas consultivas precedentes e a falta de imparcialidade dos julgadores. A Corte rejeitou tais argumentos, considerando que: (i) as nomeações para o Conselho de Estado holandês foram regulares, nada sugerindo que a estrutura tenda a ser parcial; (ii) ao contrário do caso *Procola*, não houve emissão de opiniões consultivas "sobre o mesmo caso", e sim um parecer consultivo sobre outra etapa da obra, de sorte que não houve confusão entre as funções consultiva e contenciosa. A decisão foi por maioria (12 a 5), sendo que os votos vencidos argumentavam que houve um engajamento institucional para levar a obra adiante com maior rapidez, o que prejudicou a imparcialidade dos julgadores, além de certa incompatibilidade entre as funções consultiva e decisória quando desempenhadas pelas mesmas pessoas. EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. **Case of Kleyn and others v. Netherlands**. Applications nos. 39343/98, 39651/98, 43147/98 and 46664/99. 6 mai. 2003. Disponível em: < <http://echr.ketse.com/doc/39343.98-39651.98-43147.98-46664.99-en-20030506/view/>>. Acesso em: 30 mai. 2013.

¹²¹ *Sacilor-Lormines*, uma empresa de mineração francesa, estava em processo de liquidação voluntária. O Ministro da Economia, Finanças e Indústria, com base em parecer do Conselho de Estado, impôs condições para garantir a segurança e reabilitação das áreas mineradas, exigências estas atacadas, sem sucesso, no Conselho de Estado. Levado o caso ao Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, este entendeu pela quebra da imparcialidade, uma vez que um dos conselheiros participantes da deliberação contenciosa, pouco antes desta, já havia sido escolhido - mas só depois do julgamento, foi nomeado - para ocupar a função de Secretário-Geral do Ministério responsável pela política de mineração. Julgou-se, por maioria de cinco a quatro, que esse quadro não garantia a independência dos julgadores contra influências externas. Quanto à emissão do parecer, como nenhum dos conselheiros que participou da consulta integrou a formação de julgamento contencioso, o argumento foi rejeitado. EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. **Société des Mines de SACILOR LORMINES contre la France**. Requête n° 65411/01. 12 mai. 2005. Disponível em: < <http://echr.ketse.com/doc/65411.01-fr-20050512/view/>>. Acesso em: 30 mai. 2013.

Em conclusão, é equivocado afirmar que o contencioso administrativo francês não assegura o direito ao processo equitativo. O sistema de recrutamento e garantias dos juízes e a organização geral do sistema, muito semelhante à ordem judiciária, não sugere uma "parcialidade estrutural". Como visto pelos precedentes do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, apenas algumas objeções circunstanciais fazem-se presentes, algo que nenhum sistema de justiça administrativa está imune.

2.3 Do sistema inglês de jurisdição una

Em oposição à especialização do contencioso administrativo, há a jurisdição una, também conhecida como sistema inglês, anglo-americano ou *common law*, utilizados aqui como sinônimos¹²². O conceito básico é sintetizado no adágio *una lex una jurisdictio*, que exprime a repulsa a privilégios, tanto legislativos como jurisdicionais, a exemplo de tribunais especializados. Por conseguinte, todas as causas, envolvendo ou não o Poder Público, submeter-se-iam às regras e tribunais judiciários comuns.

2.3.1 *Common law* e direito administrativo

Ensina René David que, a partir da conquista da Inglaterra pelos normandos em 1066, o monarca, para fortalecer seu poder, instituiu novos tribunais que aplicavam um direito uniforme em todo o reino, em substituição às cortes senhoriais e costumes locais. Era o *comune ley* ou *common law*. Então, o direito inglês foi elaborado com base nos precedentes das cortes reais, apresentando-se à população local como o conjunto das regras processuais e

¹²² Guido Fernando Silva Soares, com mais precisão, explica que *common law* não se confunde com "sistema inglês", vez que é aplicado em diversos países, embora tenha nascido na Inglaterra; também não é o mesmo que britânico, posto que isto se refere à Grã-Bretanha, entidade política que inclui a Escócia que, por sua vez, pertence à família romano-germânica; finalmente, *common law* não é o mesmo que anglo-saxão, pois este designa o sistema jurídico que regia as tribos antes da conquista normanda da Inglaterra, isto é, precede a própria *common law*. SOARES, Guido Fernando Silva. **Common law**: introdução ao direito dos EUA. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 25.

materiais que essas cortes consolidaram e aplicaram na prática judicial, sem distinções entre direito público e privado - ao menos até bem recentemente¹²³.

No *common law*, o direito não é concebido para ser um edifício lógico ordenado, e sim para resolver questões concretas, o que conduz à busca por soluções pragmáticas, sem maiores preocupações quanto à sistematização do todo¹²⁴.

Esse ambiente não foi propício ao desenvolvimento imediato do direito administrativo ou de uma jurisdição especializada, nos moldes franceses. A influente doutrina de Albert Venn Dicey considerava incompatível com o *rule of law* um regime jurídico diferenciado para a Administração e seus agentes¹²⁵. Em suas palavras:

O termo *droit administratif* carece de um equivalente na linguagem jurídica inglesa. As palavras *administrative law*, que são a sua tradução mais aproximada, são desconhecidas pelos juízes ingleses e advogados e, em si mesmas, dificilmente inteligíveis sem maiores explicações. A ausência, em nossa língua, de qualquer equivalente satisfatório para a expressão *droit administratif* é significativa; a falta de um nome surge no fundo do nosso não reconhecimento da coisa em si. Na Inglaterra, e em países como os Estados Unidos, cuja civilização tem a sua origem em fontes inglesas, o sistema de Direito Administrativo e os próprios princípios nos quais o referido sistema repousa são, com efeito, desconhecidos [tradução livre]¹²⁶.

Sublinhe-se: para Dicey, o direito administrativo seria uma união indissociável do regime jurídico diferenciado + contencioso administrativo, ambos estranhos às tradições e costumes ingleses da época¹²⁷.

A isso, Jean Rivero replicou que mesmo nos tempos de Dicey, embora raras, havia derrogações ao regime jurídico comum, como as imunidades da Coroa. E sobre o contencioso administrativo, em que pese a unidade de jurisdição inglesa, tribunais

¹²³ DAVID, René. **O direito inglês**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 3-5. Tradução de: Eduardo Brandão.

¹²⁴ SOARES, Guido Fernando Silva, op. cit., p. 53.

¹²⁵ Nas sucessivas edições de sua obra *Introduction to the study of the Law and the Constitution*, Dicey evoluiu seu pensamento, reconhecendo, de certo modo, que estava equivocado quanto à sua noção inicial do direito administrativo francês. Entretanto, em 1915, voltou a sustentar que o direito administrativo ainda não se firmara na Inglaterra. RIVERO, Jean. **Curso de direito administrativo comparado**, op. cit., p. 126.

¹²⁶ "For the term *droit administratif* English legal phraseology supplies no proper equivalent. The words "administrative law," which are its most natural rendering, are unknown to English judges and counsel, and are in themselves hardly intelligible without further explanation. This absence from our language of any satisfactory equivalent for the expression *droit administratif* is significant; the want of a name arises at bottom from our non-recognition of the thing itself. In England, and in countries which, like the United States, derive their civilisation from English sources, the system of administrative law and the very principles on which it rests are in truth unknown". DICEY, Albert Venn. **Introduction to the study of the Law and Constitution**. 10th ed. London: Martin's Press, 1962. Reimpressão. p. 330.

¹²⁷ Ibidem, p. 339-340.

administrativos organicamente ligados ao Executivo lidavam com conflitos envolvendo a Administração Pública¹²⁸.

De se ver que o caminho da especialização chegou a ser proposto em 1973, com um sistema processual inteiramente separado para lides envolvendo o direito público, a exemplo do francês. A proposta naufragou pela dificuldade de se identificar claramente os limites do direito público e privado, assim como por desafiar a arraigada cultura jurídica inglesa¹²⁹.

Presentemente, o Estado inglês, como outros, desempenha um importante papel de regulação da sociedade, havendo uma vasta gama de instituições empregando indivíduos na prestação dos serviços públicos, lançando mão do direito administrativo¹³⁰. Ainda que seus limites não sejam claros, ocupa-se de temas como (i) proporcionar autoridade aos servidores públicos, os limites desses poderes e seu controle; (ii) autorizar a captação e gasto de recursos públicos; (iii) fornecer meios para a reparação de queixas ou resolução de reclamações dos seus cidadãos¹³¹.

Por conseguinte, ainda são atuais as impressões de José Cretella Júnior ao resumir que:

A verdade é que o sistema do *common law* tem real e autônomo direito administrativo, embora não nos moldes do sistema francês. As diferenças essenciais entre o direito administrativo inglês e o direito administrativo francês residem num só ponto: prevalece, no primeiro, o princípio da horizontalidade; informa o segundo a idéia da verticalidade. Em outras palavras, a Administração inglesa é tratada, tanto quanto possível, no mesmo plano que os particulares; a Administração francesa goza de prerrogativas e privilégios, exatamente por ser Estado, por ser detentora do *jus imperii*¹³².

Em que pese o desenvolvimento recente, os sistemas francês e inglês guardam diferenças marcantes. Ambos devotam importância à jurisprudência, mas no sistema inglês há menos regras derogatórias, com um Judiciário comum como foro de equacionamento das

¹²⁸ RIVERO, Jean. **Curso de direito administrativo comparado**, op. cit., p. 124-129.

¹²⁹ LOVELAND, Ian. **Constitutional law, administrative law, and human rights: a critical introduction**. 5th ed. New York: Oxford University, 2009. p. 521.

¹³⁰ Anthony Bradley e Keith Ewing ponderam que, se por um lado velhas concepções são difíceis de morrer, por outro, o direito administrativo inglês não precisa de provas de sua existência. Inclusive, em 1987, o governo distribuiu instruções a seus agentes, esclarecendo seus deveres perante a redução de litigiosidade. O primeiro, “The judge over your shoulder” e o segundo, “Reducing the risk of legal challenges”. O controle judicial da Administração é, pois, uma realidade. BRADLEY, Anthony; EWING, Keith. **Constitutional and administrative law**. 14th ed. London: Pearson Longman, 2007. p. 659-660.

¹³¹ PARTINGTON, Martin. **Introduction to the English legal system**. 5th ed. New York: Oxford University, 2010. p. 147-148.

¹³² CRETELLA JÚNIOR, José. Direito administrativo inglês. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília: Senado Federal, 1988, a. 25, n. 99. p. 74.

lides. Na França, por outro lado, os limites do estudo do direito administrativo são mais distintos, fazendo-se presente, também, uma complexa estrutura de tribunais administrativos, com regras processuais próprias, mas com o inconveniente de conflitos de competência¹³³.

2.3.2 Organização geral

Na Inglaterra, *administrative justice* ou *administrative justice system* são termos controvertidos, por aglutinar *justice* [inerente ao Judiciário e seus juízes] a *administrative* [associado ao Executivo, ministros de Estado e subordinados]. Mas, pela necessidade de se observar certos princípios comuns, designadamente o direito a um processo equitativo, como prescrito pelo art. 6º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem, internalizado por meio do *Human Rights Act* de 1998, a locução *administrative justice* é empregada como um termo amplo que abarca diferentes instituições e procedimentos, a exemplo das *courts*, *administrative tribunals*, *inquiries*, *ombudsman* e outros¹³⁴.

São relevantes, aqui, o papel dos tribunais administrativos, órgãos quase judiciais, e das cortes judiciais propriamente ditas, como será visto adiante.

2.3.2.1 Os tribunais administrativos

Jean Rivero explica que o aparecimento dos tribunais administrativos deve-se à dificuldade do jurista inglês, acostumado à técnica dos precedentes, em lidar com uma legislação cada vez mais detalhada e minuciosa. E prossegue:

O jurista inglês, utilizando uma série de “precedentes” fornecidos pelas decisões judiciais, procura encontrar a solução para o novo caso a ele submetido ele fica um tanto desorientado pela legislação; o legislador inglês não sabe redigir bem suas leis, e o jurista inglês não as sabe aplicar bem. Daí resulta uma crise, para a qual se busca remédio em meios variados, em particular pela criação de jurisdições ou quase-jurisdições especializadas em certas questões ou na aplicação de certas leis

¹³³ BRADLEY, Anthony; EWING, Keith, op. cit., p. 659-660.

¹³⁴ Ibidem, p. 147-172.

(*administrative tribunals*), que o direito inglês até então desconhecia e que podem interpretar o direito inglês com outro espírito¹³⁵.

Há outras explicações para o fenômeno. Dicey amarra o advento dos tribunais administrativos às atribuições sociais do Estado, a partir do início do século XX. Os novos conflitos pediam mecanismos que, embora não fossem obrigados a seguir os rigores de um processo judicial, deveriam proporcionar um mínimo de justiça¹³⁶. E finaliza:

Este é um passo considerável para a introdução entre nós de algo parecido com o *droit administratif* da França, mas o fato de que os tribunais judiciais de direito comum podem lidar com qualquer violação real e demonstrável da lei cometidas por qualquer funcionário da Coroa ainda preserva o "rule of law", que é fatal para a existência de um verdadeiro *droit administratif* [tradução livre]¹³⁷.

Ao passo que os serviços públicos floresciam, foram sendo instalados tribunais administrativos especializados por matéria, como seguridade social, educação, imigração e tributação, cujas decisões poderiam ser desafiadas nas cortes judiciais comuns.

No princípio, esses tribunais administrativos chegaram a ser vistos como uma ameaça às cortes judiciais, mas motivos práticos asseguraram sua permanência e expansão: (i) a complexidade dos temas sob julgamento, sempre a exigir conhecimento especializado, por vezes, extrajurídico, admitindo-se que os julgadores possuísem formações variadas, a exemplo de médicos, contadores, educadores ou assistentes sociais; (ii) a necessidade de se imprimir um rito sem as formalidades das cortes judiciais, distribuindo justiça de forma rápida, barata e descentralizada, notadamente em temas de assistência social. Sob essa orientação, o interessado não precisa de advogado, podendo fazer-se representar pelo respectivo sindicato, contador, assistente social ou até mesmo por um amigo¹³⁸.

Sem embargo da necessária informalidade dos trabalhos nos tribunais administrativos, as garantias do art. 6º da Corte Europeia dos Direitos do Homem, internalizado pelo *Human Rights Act* de 1998, precisam ser obedecidas¹³⁹.

Presentemente, os tribunais administrativos são o local onde a vasta maioria das disputas entre Administração e cidadão são resolvidas. Depois de um longo período de

¹³⁵ DAVID, René. **O direito inglês**, op. cit., p. 3.

¹³⁶ DICEY, Albert Venn, op. cit., p. 493-494.

¹³⁷ "This is a considerable step towards the introduction among us of something like the *droit administratif* of France, but the fact that the ordinary law courts can deal with any actual and provable breach of the law committed by any servant of the Crown still preserves that "rule of law" which is fatal to the existence of true *droit administratif*". DICEY, Albert Venn, op. cit., p. 499.

¹³⁸ BRADLEY, Anthony; EWING, Keith, op. cit., p. 696.

¹³⁹ Idem.

desenvolvimento assistemático, em 2008, uma reforma simplificou o sistema, unificando procedimentos e organizando-os em dois degraus: (i) *First-Tier Tribunal*, que funciona como uma primeira instância, subdivido em câmaras especializadas [Saúde, Educação, Tributação, Imigração, Pensões de Guerra, Benefícios Sociais]; (ii) *Upper Tribunal*, instância recursal, também especializada em câmaras¹⁴⁰.

2.3.2.2 As cortes judiciárias

O *judicial review* é exercido por cortes judiciárias comuns. No caso da Inglaterra e País de Gales, cabe à *High Court*, com recurso à *Court of Appeal*. Há magistrados especializados, mas não uma seleção específica ou organização judiciária apartada da comum¹⁴¹. Também não há funções consultivas, apenas contenciosas.

Em termos procedimentais, acaso a atuação do Poder Público se dê como a de um particular, sem prerrogativas e, portanto, fora dos limites do *judicial review*, são aplicáveis os *remedies* típicos do direito privado¹⁴². Mas, quando a questão envolve direito público, aplica-se o *Civil Procedure Rules - Part 54 - Judicial Review and Statutory Review*, com *remedies* específicos, os *prerogative remedies*. São eles: (i) *mandatory order*, imposição de uma obrigação de fazer - o antigo *mandamus*; (ii) *prohibiting order*, imposição de uma obrigação de não fazer, antes denominada *prohibition*; (iii) *quashing order*, desfaz, anula a decisão administrativa anterior, permitindo seu refazimento, era a antiga *certiorari*; (iv) *declaration*, de como se interpretar determinado ato legislativo; (v) indenização por violação à Convenção Europeia dos Direitos do Homem¹⁴³.

Quando se compara os *private remedies* com os ritos especiais do *judicial review*, sobressaem algumas diferenças que tornam aquele mais vantajoso do que esse. As razões são, dentre outras, porque os *private remedies* foram desenhados para disputas entre iguais, cujos interesses limitam-se à causa. Já os *prerogative remedies* desenvolveram-se como uma forma de manter os agentes públicos dentro dos limites legais, com possibilidade de terceiros terem

¹⁴⁰ PARTINGTON, Martin, op. cit., p. 158-159.

¹⁴¹ FROMONT, Michel, op. cit., p. 135-136.

¹⁴² PARTINGTON, Martin, op. cit., p. 517.

¹⁴³ TREASURY SOLICITOR'S DEPARTMENT. *The judge over your shoulder*. 4th ed. London: Crown. 2006. p. 37.

interesse na demanda. Nessas ações, por ficção, o requerente agiria em nome da Coroa, no restabelecimento da legalidade¹⁴⁴.

Até hoje persistem diferenças dignas de nota:

- No *judicial review*, acaso a legislação não estabeleça um prazo menor para ingressar em juízo, esse será de até três meses, o que é bastante curto quando comparado às ações entre particulares. Isso se justificaria pela necessidade de se estabilizar com rapidez as decisões administrativas, o que é desejável para questões urbanísticas, por exemplo;

- No *judicial review* há uma etapa de admissibilidade [*permission stage*], oportunizando ao Poder Público responder preliminarmente à causa antes de seu recebimento, o que pode levar à rejeição sumária do pedido. Seu escopo é evitar perturbações à atividade administrativa ou ações temerárias. Não há nada semelhante nos *private remedies*;

- Por último, a dilação probatória é limitada no *judicial review*. Em geral, assumem-se como verdadeiros os pontos defendidos pelas partes, o que reafirma o dever de cooperação e honestidade entre elas [*duty of candour*]. Mas esse quadro está em mutação, haja vista recentes atos de liberdade de informação, obrigando a disponibilização de dados públicos aos cidadãos¹⁴⁵.

A respeito do procedimento em si, merece ser sublinhada a etapa obrigatória do *pre-action stage*. Em suma, o particular precisa provocar a autoridade administrativa emissora do ato, estabelecendo um diálogo que pode conduzir à resolução do conflito, seja pela retratação, seja pelo uso de mecanismos alternativos de resolução de litígios. O acesso à via judicial só é autorizado se comprovadamente fracassar as tentativas extrajudiciais de solução do conflito¹⁴⁶.

2.3.3 Críticas ao modelo

Parece contrariar o senso comum que, num mundo cada vez mais complexo, com a área jurídica fragmentando-se em diferentes especialidades, o Judiciário e as regras processuais não acompanhem tal movimento.

¹⁴⁴ PARTINGTON, Martin, op. cit., p. 517-518.

¹⁴⁵ TREASURY SOLICITOR'S DEPARTMENT, op. cit., p. 29-33; PARTINGTON, Martin, op. cit., p. 517-519.

¹⁴⁶ TREASURY SOLICITOR'S DEPARTMENT, op. cit., p. 29.

Não por acaso, um dos pontos fracos da unidade jurisdicional seria a falta de especialização do Judiciário. Para Marcello Caetano, "[...] a experiência mostra ainda que, pouco inclinados ao estudo do Direito Administrativo, em regra os juízes dos tribunais judiciais julgar mal as questões tocantes a esse ramo de direito que caem no seu foro"¹⁴⁷. E vai além:

Ora, a complexidade das matérias já hoje entregues à jurisdição ordinária, o grande número de tribunais que teriam de resolver questões administrativas com risco da unidade de jurisprudência, o perigo de uma rivalidade aberta entre a Administração e a Justiça, sobretudo na fase da execução das sentenças que neste assunto ocupa lugar primacial, o ilogismo da intervenção dos juízes no exercício do Poder administrativo - tudo parece desaconselhar a solução de entregar o contencioso administrativo aos tribunais judiciais¹⁴⁸.

Os tribunais administrativos foram uma engenhosa solução para lidar com matérias técnicas e, ao mesmo tempo, filtrar os litígios, encaminhando para uma conclusão extrajudicial. E os *remedies* especiais refletem a natureza especial do direito material a ser tutelado - direito público. Em resumo, o adágio *una lex una jurisdictio* subsiste válido em sua essência, em que pese algumas concessões já assinaladas.

2.4 Sistema misto alemão

O sistema misto, conforme categorização adotada, notabiliza-se pela especialização de um ramo do Judiciário em matéria administrativa, com instâncias independentes, ressalvada a competência de uma Corte ou Tribunal Constitucional. De acordo com Michel Fromont é o mais difundido na Europa, tendo sido implantado em Portugal, Luxemburgo, Suécia, Áustria e Finlândia¹⁴⁹. No Brasil, não chegou a ter maior influência¹⁵⁰.

Especificamente quanto à Alemanha, a Lei Fundamental de Bonn prevê o direito de recorrer à via judicial, na ocorrência de violação de direitos por parte do Poder Público.

¹⁴⁷ CAETANO, Marcello, op. cit., p. 1275.

¹⁴⁸ Ibidem, p. 1277.

¹⁴⁹ FROMONT, Michel, op. cit., p. 128-129.

¹⁵⁰ Durante a Constituinte de 1987-1988, uma das propostas de estruturação do Judiciário inspirava-se no modelo alemão. O então Ministro do Tribunal Federal de Recursos Carlos Mário da Silva Velloso sugeriu a instituição de três Tribunais Superiores: o Tribunal Superior de Direito Público, o Tribunal Superior de Direito Privado e o Tribunal Superior de Direito Penal. Cada qual, competente para conhecer e julgar, mediante recurso especial, as causas decididas em única ou última instância pelos Tribunais Federais e Estaduais de 2º grau. BRASIL. Ata da 139ª Sessão da Assembleia Nacional Constituinte. **Diário da Assembleia Nacional Constituinte**, Brasília, DF, 17 ago. 1987, p. 335-336.

Também elenca cinco tribunais federais superiores, a saber: Tribunal Federal de Justiça, Tribunal Federal Administrativo, Tribunal Federal de Finanças, Tribunal Federal do Trabalho e o Tribunal Federal Social¹⁵¹.

A favor da especialização está a maior qualidade técnica dos julgamentos. Mas as dificuldades de delimitação de competência, pelo fracionamento das causas de direito público entre várias ordens judiciais - além da comum, a Social e Fiscal - e os regramentos processuais diversificados, podem ser apontados como desvantagens¹⁵². No que diz respeito aos tribunais judiciais administrativos, a lei geral é o Código de Jurisdição Administrativa [*Verwaltungsgerichtsordnung* - VwGO], de 21 de janeiro de 1960.

Essa organização complexa, explica Eckart Hien, deve-se em primeiro lugar ao fato de a Alemanha ser um país urbano e populoso, dotado de um ordenamento jurídico abrangente, com grande capilaridade e detalhismo. Em segundo lugar, passado o período do nacional-socialismo, almejava-se reforçar o sistema judicial no intuito de proteger os cidadãos, daí o esforço consciente no fortalecimento do Judiciário¹⁵³. Para Siegfried Bross pesou mais o propósito de efetivar um grau de proteção em face da Administração, cujas peculiaridades jurídicas pediriam conhecimento especializado. E conclui:

Sem juízo de valor e sem qualquer componente moral, objetiva-se mostrar que a implementação de um sistema de controle judicial da Administração Pública em um Estado democrático de Direito só é possível se houver uma jurisdição especial familiarizada com o sistema. O controle judicial – entendido aqui não no sentido de uma aristocracia ou oligarquia, mas como monopólio do interesse objetivo, ou seja, do bem da comunidade – não pode ser enquadrado no âmbito de um processo penal ou civil, conforme exposto anteriormente. É preciso procurar outras regras. Em contrapartida, também o interesse individual no controle judicial da Administração Pública deve ser definido de outra forma. O interesse individual não pode ser equiparado ao interesse de uma das partes em um processo criminal ou civil. No controle judicial da Administração Pública, não se trata de impor unilateralmente o interesse público, ou seja, o interesse do poder estatal. Essa seria uma visão errônea da situação de partida. Trata-se de garantir, por meio do controle judicial, que a vontade do legislador e a ordem constitucional sejam praticadas correta e

¹⁵¹ Artigo 19 [Restrição dos direitos fundamentais – Via judicial]

Toda pessoa, cujos direitos forem violados pelo poder público, poderá recorrer à via judicial. Se não se justificar outra jurisdição, a via judicial será a dos tribunais ordinários.

Artigo 95 [Tribunais Superiores da Federação]

(1) Para os setores de jurisdição ordinária, administrativa, financeira, do trabalho e da previdência, a Federação instituirá como tribunais superiores o Tribunal Federal da Justiça, o Tribunal Federal Administrativo, o Tribunal Federal das Finanças, o Tribunal Federal do Trabalho e o Tribunal Federal Social.

ALEMANHA. **Lei Fundamental da República Federal da Alemanha**. Traduzido por Aachen Assis Mendonça. Deutscher Bundestag: Berlin. 2011. p. Mendonça. Disponível em: <http://www.brasil.diplo.de/contentblob/3160404/Daten/1330556/Gundgesetz_pt.pdf>. Acesso em 13.06.2013.

¹⁵² KAISER, Anna-Bettina. Os princípios do processo administrativo-judicial na Alemanha. Traduzido por Márcio Flávio Mafra Leal. **Seminário Brasil - Alemanha**: Pontes de Miranda. Série Cadernos do CEJ, n. 26, p. 57, out. 2010.

¹⁵³ HIEN, Eckart. A reforma dos sistema judicial alemão. Traduzido por Martin Vicente Gottschaalk. **Revista CEJ**, Brasília, n. 34, jul./set. 2006. p. 53.

independentemente de influências de terceiros. A jurisdição incumbida dessa tarefa e a Administração Pública constituem uma unidade formal sob a ótica do exercício do poder estatal, o que não tem a ver com cumplicidade e muito menos com arbitrariedade do Estado no exercício de suas prerrogativas, pois ele poderia se impor não só pela esfera administrativa, mas também por meio de uma jurisdição de controle da esfera administrativa. O charme e a substância para o Estado democrático de Direito, acima do controle judicial do poder público, está na garantia, por meio de uma terceira instância, de que a vontade objetiva do legislador democraticamente legitimado seja exercida por meio da Administração Pública, sob o controle de tribunais independentes¹⁵⁴.

Mas nem toda ação contra a Administração é da competência dos tribunais judiciais administrativos; o critério é residual, excluindo (i) os litígios de natureza constitucional, (ii) os de competência dos tribunais civis, como indenizações, e finalmente (iii) os que, por expressa previsão legal, não estejam destinados a nenhum outro tribunal especializado como os Sociais e de Finanças. Só os litígios de direito público, que não se encaixarem nas hipóteses precedentes, são julgados pela jurisdição administrativa comum¹⁵⁵.

A identificação do litígio como de direito público é feita atentando-se para a relação jurídica de base. Indaga-se quem é o sujeito e se as normas de regência se dirigem exclusivamente ao Estado ou a outro agente dotado de poder público. Conclui Hermann-Josef Blanke que, em sendo as regras predominantes dirigidas à Administração enquanto tal, o litígio será de competência de um dos tribunais administrativos comuns ou especiais, conforme o caso¹⁵⁶.

Em termos organizacionais, a Seção 1, §1º do Código de Jurisdição Administrativa explicita que "[a] jurisdição administrativa é exercida por tribunais

¹⁵⁴ BROSS, Siegfried. O sistema de controle judicial da administração pública e a codificação da jurisdição administrativa. Traduzido por Martim Vicente Gottschalk. **Revista CEJ**, Brasília, n. 34, p. 37-38, jul./set. 2006.

¹⁵⁵ § 40 [Admissibilidade da via judicial administrativa]

(1) A via judicial administrativa alcança todos os litígios de direito público que não contenham natureza constitucional e desde que, por expressa disposição legal, não estejam sujeitos a outro tribunal. Os litígios de direito público o âmbito do direito dos Länder também podem, por expressa disposição da lei do Land, ser atribuídos a outro tribunal.

(2) A via judicial ordinária cabível para pretensões de direito patrimonial, fundadas no sacrifício do particular em favor do interesse público ou fundadas em depósito regido pelo direito público, ou, ainda, para pretensões de indenização resultantes da violação de deveres de direito público que não se baseiem em um contrato de direito público; essa regra não se aplica aos litígios sobre a existência ou o valor de pretensão indenizatória, nos casos do art. 14, inciso 1, frase 2, da Lei Fundamental. Permanecem intactas as normas especiais referentes ao direito dos empregados públicos e à via judicial, em casos de compensação de prejuízo patrimonial causado pela anulação de atos administrativos ilícitos. SILVA, Ricardo Perlingeiro Mendes da; BLANKE, Hermann-Josef; SOMMERMAN, Karl-peter. **Código de jurisdição administrativa: o modelo alemão**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. p. 96.

¹⁵⁶ BLANKE, Hermann-Josef. Organização e competências da justiça administrativa alemã. In SILVA, Ricardo Perlingeiro Mendes da; BLANKE, Herman-Josef; SOMMERMAN, Karl-Peter. **Código de Jurisdição Administrativa: o modelo alemão**. São Paulo: Renovar, 2009, p. 25-26.

autônomos, independentes das autoridades administrativas"¹⁵⁷. Aludidos tribunais são escalonados em três níveis:

- como primeira instância, os tribunais administrativo dos estados-membros - *Länder*;
- em grau recursal abrangendo fatos e direito, estão os tribunais superiores - *Verwaltungsgerichtshof* ou *Oberverwaltungsgericht*, ainda dentro do âmbito estadual;
- encimando a jurisdição especial situa-se o Tribunal Administrativo Federal - *Bundesverwaltungsgericht*¹⁵⁸.

Desde a primeira instância tais corte funcionam colegiadamente, organizados em câmaras, mas com possibilidade de decisões monocráticas [§ 6º do Código].

As quatro ações destinadas à proteção dos direitos individuais hipoteticamente lesados são: anulatória de ato administrativo - *Anfechtungsklage*; por obrigação de fazer ou não fazer - *Verpflichtungsklage*; declaratória de existência, inexistência ou nulidade de relação jurídica ou ato administrativo - *Feststellungsklage*; condenatória em geral, excluída as de obrigação de fazer ou não fazer - *Leistungsklagen*¹⁵⁹. Via de regra, exige-se o prévio procedimento administrativo antes de recorrer à via judicial, medida necessária para permitir o reexame da legalidade pela autoridade administrativa, e filtrar demandas solucionáveis extrajudicialmente¹⁶⁰.

Vale noticiar que é possível terminar o litígio por meio de transação judicial¹⁶¹.

Uma das críticas ao modelo alemão seria sua precípua subjetivação, isto é, preocupação primária com a tutela dos direitos subjetivos das partes litigantes, avaliado em cada processo, segundo regras de legitimidade ativa e efeitos *inter partes*. Para contornar as desvantagens daí advindas, notadamente, a possibilidade de decisões contraditórias em processos com controvérsia jurídica idêntica, estabeleceu-se um instrumento de julgamento conjunto de causas repetitivas, o chamado processo-modelo [*Musterprozess*]. Em poucas

¹⁵⁷ SILVA, Ricardo Pelingheiro Mendes da; BLANKE, Herman-Josef; SOMMERMAN, Karl-Peter. **Código de Jurisdição Administrativa: o modelo alemão**. São Paulo: Renovar, 2009, p. 83.

¹⁵⁸ O quadro apresentado é bem simplificado, pois há hipóteses de competência originária da segunda ou terceira instância. CORREIA, Sérvulo, op. cit., p. 92-94.

¹⁵⁹ Ibidem, p. 96-97.

¹⁶⁰ BLANKE, Hermann-Josef. Organização e competências da justiça administrativa alemã. In SILVA, Ricardo Pelingheiro Mendes da; BLANKE, Herman-Josef; SOMMERMAN, Karl-Peter. **Código de Jurisdição Administrativa: o modelo alemão**. São Paulo: Renovar, 2009, p. 35-36.

¹⁶¹ § 106 [Transação judicial (Vergleich)] A fim de solucionar o litígio, integral ou parcialmente, as partes podem, declarando perante o tribunal, juiz designado ou juiz rogado, realizar transação judicial (Vergleich), nos limites de disponibilidade do objeto dessa transação judicial, mediante proposta, por resolução judicial de tribunal, juiz presidente ou relator, que seja aceita por escrito pelas partes, perante o tribunal, juiz presidente ou relator. SILVA, Ricardo Pelingheiro Mendes da; BLANKE, Herman-Josef; SOMMERMAN, Karl-Peter, op. cit., p. 136-137.

palavras, quando houver mais de vinte ações impugnando o mesmo ato administrativo e controvérsia jurídica, não fática, elege-se um deles para tramitação final, mantendo os demais suspensos. Julgado o processo-modelo, as demais causas, se efetivamente idênticas, seguem o mesmo resultado daquele [§ 93a do Código de Jurisdição Administrativa]¹⁶².

Finalmente, também a Alemanha está às voltas com pretensões reformistas. Sob o mote de simplificação e economia de recursos, propõem-se fundir as jurisdições administrativas - comum e especial -, unificando todas as disposições processuais. Simbolicamente, transformaria o sistema judicial alemão, hoje formatado como um castelo barroco, com várias torres, em um prédio moderno e mais pragmático¹⁶³. Outras, voltadas ao problema da falta de celeridade, motivador de condenações da Alemanha perante o Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, planejam ampliar as hipóteses de obrigatoriedade do prévio ingresso administrativo, atenuando a carga de trabalho dos tribunais. Outro efeito positivo seria valorizar a instância administrativa, mais simples e econômica para o cidadão¹⁶⁴.

2.5 Rumo à unificação dos modelos de justiça administrativa no âmbito da União Europeia?

A Convenção Europeia dos Direitos do Homem estatuiu parâmetros mínimos de tutela jurisdicional, a exemplo do processo equitativo e julgamento em tempo razoável [art. 6º]. Na mesma senda, a Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, no âmbito material, reconhece o direito a uma boa administração e, na seara processual, o direito de ação e a um tribunal imparcial [art. 41 e 47, respectivamente]. É dentro desse quadro que a tutela jurisdicional administrativa tem se desenvolvido no cenário europeu, irradiando efeitos para outros países.

¹⁶² § 93a [Processo-modelo]

(1) Se a legalidade de uma medida administrativa for questionada em mais de vinte processos, o tribunal poderá conduzir, primeiramente, um ou vários processos idôneos (Musterverfahren), suspendendo os demais. As partes deverão ser previamente ouvidas. Não cabe recurso contra essa resolução judicial.

(2) Quando houver coisa julgada nos processos findos, o tribunal poderá, depois de ouvir as partes, decidir sobre os processos suspensos por resolução judicial, se, em sua opinião, por unanimidade, os casos não contiverem particularidades essenciais, fáticas ou jurídicas, ante os processos decididos, e se os fatos forem esclarecidos. [...] SILVA, Ricardo Pelingeiro Mendes da; BLANKE, Herman-Josef; SOMMERMANN, Karl-Peter, op.cit., p. 131.

¹⁶³ HIEN, Eckart, op. cit., p. 53-55.

¹⁶⁴ KAISER, Anna-Bettina, op. cit., p. 64-65.

Como adverte Sêrvulo Correia, a Convenção Europeia dos Direitos do Homem não veda ou impõe um dentre a pluralidade dos sistemas de justiça administrativa¹⁶⁵. Atenta à diversidade dos ordenamentos jurídicos europeus e arraigada cultura jurídica, os tratados silenciam deliberadamente sobre esse ponto, opção que se repetiu na proposta de Constituição para a Europa¹⁶⁶.

Há evidentes vantagens na harmonização e homogeneização dos modelos de justiça administrativa, como a facilitação na circulação econômica e maior entendimento pelo público leigo acerca dos mecanismos complexos por detrás do Poder Público e sistema judiciário. Entretanto, o que realmente importa é a funcionalidade do sistema e a garantia de um processo justo, perante um juiz imparcial, cuja decisão seja efetiva e em tempo razoável. Tais padrões mínimos já serviram para aproximar realidades antes inconciliáveis, a exemplo da antiga oposição entre dualismo e unidade jurisdicional, hoje menos importante.

Uma proposta mais ambiciosa, igualando toda a sistemática de justiça administrativa, codificando-a, além de enfrentar obstáculos como a cultura jurídica local, poderia, contraditoriamente, diminuir ou ameaçar as garantias já conquistadas¹⁶⁷.

¹⁶⁵ Em que pese isso, o citado publicista detecta certa hostilidade ao modelo francês de justiça administrativa por parte do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem. CORREIA, Sêrvulo, op. cit., p. 59.

¹⁶⁶ ROQUE, Miguel Prata, op. cit., p. 537.

¹⁶⁷ Sobre o tema, vale citar o seguinte fragmento: "Numa Europa a vinte e sete, torna-se evidente que a codificação "cega" de normas processuais administrativas poderá contribuir para um nivelamento por baixo dos regimes processuais administrativos mais garantísticos, por força do efeito "mínimo denominador comum". A necessidade de obtenção de consenso (ou mesmo de maioria qualificada) no Conselho da União Europeia contribuirá invariavelmente para a adopção de normas menos eficazes e mais neutrais. Os Estados-Membros cujos sistemas processuais sejam menos garantísticos tenderão a opor-se a normas que impliquem uma subida generalizada do nível de tutela jurisdicional administrativa. Em contrapartida, os Estados-Membros que dispõem de sistemas processuais administrativos mais garantísticos poderão igualmente ser tentados a seguir o "canto da sereia" e a aproveitar para diminuir os respectivos níveis de protecção dos particulares, sob a alegação de que tal diminuição é imposta pelo Direito da União Europeia". Ibidem, p. 388-389.

3 A EVOLUÇÃO DA JUSTIÇA ADMINISTRATIVA NO BRASIL

O propósito deste capítulo é trazer ao debate alguns pontos específicos, relevantes para compreensão de como a justiça administrativa brasileira foi gradualmente se firmando até chegar ao que conhecemos hoje. A sucessão dos institutos teve idas e vindas e, mesmo, alguma confusão quanto ao que efetivamente estava em vigor em alguns momentos. Deve-se ter em mente que a pesquisa, baseada em textos legais e doutrina da época, pode passar ao largo de detalhes práticos, obstáculos ao acesso ao Judiciário, em suma, a diferença entre a teoria e a prática, notadamente nas épocas de maior instabilidade institucional.

3.1 Império

Antes da Constituição de 1824, uma infinidade de órgãos exerciam funções administrativo-contenciosas, dentre eles, o Tesouro Real e Real Erário, e o Conselho Real da Fazenda¹⁶⁸. O primeiro concentrou a Administração Fiscal, e o segundo respondia pela jurisdição voluntária e contenciosa quanto à dívida ativa¹⁶⁹. Paralelamente, havia o juiz dos feitos da Coroa e da Fazenda, no qual oficiava o Procurador dos Feitos da Coroa, Fazenda e Fisco, e Promotor de Justiça¹⁷⁰. Tais juízes ocupavam-se com atividades administrativas e jurisdicionais, os denominados “ofício nobre” e “ofício mercenário”, respectivamente¹⁷¹.

¹⁶⁸ Outros exemplos: a Mesa de Consciência e Ordens, o Conselho Ultramarino, o Almirantado, a Junta dos Três Estados, as Mesas da Inspeção do Açúcar, Tabaco e Algodão, o Provedor Mor da Saúde, Físico Mor e Cirurgião Mór, o Tribunal da Bula da Cruzada, os Juízes Almotacéis, a Chancelaria Mór do Império e o Juízo da Conservatória dos Moedeiros. GUALAZZI, Eduardo Lobo Botelho. **Justiça administrativa**, op. cit., p. 137.

¹⁶⁹ MASAGÃO, Mario, op. cit., p. 106-107.

¹⁷⁰ Por exemplo, eis o que dispõe o Título V do Regimento da Relação do Brasil, Lei de 12 de setembro de 1652: 49. O Juiz dos Feitos da Coroa e Fazenda conhecerá de todos os Feitos da Coroa e Fazenda, por ação nova e por petição de agravo, na cidade do Salvador, e nos lugares da Jurisdição da dita Capitania, estando nela a Casa da Relação; e de fora da dita Cidade, de todas as partes do Brasil, conhecerá, por apelação, e por instrumento de agravo, ou cartas testemunháveis, de todos os ditos feitos, posto que seja entre partes; e assim conhecerá de todos os mais casos, de que pode conhecer o Juiz dos Feitos da Coroa e Fazenda da Casa da Suplicação por bem das Ordenações; e os ditos feitos despachará na Relação, conforme a ordem que tenho dado por minhas ordenações e Extravagantes, ao Juiz dos Feitos da Coroa e Fazenda da dita Casa da Suplicação.

[...]

51. O dito Juiz da Fazenda e Coroa servirá juntamente de Juiz do Fisco, e usará em tudo do Regimento que tenho dado ao Juiz do Fisco, que reside na Casa da Suplicação.

[...]

54. O Procurador dos Feitos da Coroa e Fazenda deve ser muito diligente, e saber particularmente de todas as causas que tocarem à Coroa e Fazenda, para requerer nelas tudo o que fizer a bem de minha Justiça; para o que

O sistema não conferia garantias para que os juízes fossem independentes em relação à Administração. E, já contando com uma magistratura judicial simpática à Administração, não se fez necessária a institucionalização de uma jurisdição especializada, como o contencioso administrativo francês em seus primórdios. Por conta disso, Mario Masagão afirma que o primeiro sistema de jurisdição administrativa no Brasil foi o da unidade, e não o contencioso administrativo¹⁷².

No período de renovação das instituições brasileiras, logo depois da Independência, ponderou-se ser desejável um Judiciário autônomo, como meio de proteção dos particulares frente ao Poder Público e de limitação dos privilégios desse. Na Assembleia Constituinte de 1823, consignou-se que “[s]ó em governo de bom príncipe é que se dá sentença contra o fisco, pela evidencia dos particulares”¹⁷³, o que só seria viável com separação clara entre as funções administrativa e jurisdicional.

Essa orientação, que via a unidade de jurisdição como uma proteção dos particulares, inspirou o art. 225 do Projeto de Constituição: “O juízo e execução em materia de fazenda seguirá a mesma regra que o juízo e execução dos particulares, sem privilegio de fôro”¹⁷⁴. Todavia, tal dispositivo não foi aproveitado na Carta de 1824, como se infere pelo seu art. 179, inciso XVII: “[à] exceção das causas que por sua natureza pertencem a juízos particulares, na conformidade das Leis, não haverá foro privilegiado, nem comissões especiais nas causas cíveis e criminais”.

Leciona Pimenta Bueno:

Em verdade a independencia judiciaria seria illudida desde que o governo pudesse crear privilegios, ou competencias judiciarias, pois que dess'arte distrahiria os cidadãos de seus juizes naturaes e os sujeitaria a seus commissionedos.

A criação de tribunais extraordinarios, a abreviação de formas, mesmo por effeito de leis excepcionaes, são sempre actos mais ou menos inconstitucionaes, e em todo o casos sempre perigosos.

será presente a todas as audiências, que fizer o Juiz dos Feitos da Coroa e Fazenda, por minhas Ordenações e Extravagantes.

55. Servirá outrossim o dito Procurador da Coroa e Fazenda de Procurador do Fisco, e de Promotor de Justiça; e usará em tudo do Regimento, que por minhas Ordenações é dado ao Promotor da Justiça da Casa da Suplicação, e ao Procurador do Fisco

NEQUETE, Lenine. **O poder judiciário no Brasil**: crônica dos tempos coloniais. Porto Alegre: Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, 1975. v. 1. p. 137-138.

¹⁷¹ RIBAS, Antonio Joaquim. **Direito administrativo brasileiro**. Rio de Janeiro: F. L. Pinto, 1866, p. 144-146.

¹⁷² MASAGÃO, Mario, op. cit., p. 106.

¹⁷³ ASSEMBLÉA CONSTITUINTE, 1823, Rio de Janeiro. **Annaes do Parlamento Brasileiro**. Rio de Janeiro: Hippolito José Pinto, 1876. t. 4. p. 52.

¹⁷⁴ MELLO, F. I. Marcondes Homem de. **A constituinte perante a história**. Rio de Janeiro: Actualidade, 1863. p. 98.

Mesmo na criação de juízos especiaes deve o legislador empregar toda a atenção e reserva, o fôro commum é o mais natural e protector¹⁷⁵. (conforme o original)

Dentro dessa perspectiva de excepcionalidade de juízos especializados - "foros privilegiados"¹⁷⁶ - e falta de previsão constitucional de um contencioso administrativo, procedeu-se à extinção de órgãos administrativos com competência contenciosa, nos anos seguintes à outorga da Carta de 1824.

O que a Assembleia Geral fez, na opinião de Mario Masagão, foi uma "derrubada" do contencioso administrativo, extinguindo diversos órgãos administrativos com funções jurisdicionais, tais como as Mesas da Inspeção do Açúcar, Tabaco e Algodão, Tribunal da Bula Cruzada, Mesas do Desembargo do Paço e da Consciência e Ordens, Provedor Mór da Saúde, Juiz Almotacé, Chancelaria Mór do Império, a Superintendência dos Novos Direitos, juízo da Conservatória dos Moedeiros e, finalmente, o Erário e Conselho da Fazenda, cujas atribuições contenciosas foram deslocadas para o Judiciário pela Lei de 4 de outubro de 1831¹⁷⁷.

Nem todos viam essas supressões com bons olhos. Antonio Ribas reconheceu se tratar de restituir ao Judiciário as competências que lhe foram "roubadas", mas que, neste processo, também se entregou a esse o que não lhe pertencia - o contencioso administrativo¹⁷⁸. Visconde de Uruguai foi mais contundente:

Por essa maneira [extinção dos órgãos do contencioso administrativo] retrogradamos para os tempos anteriores à lei de 22 de dezembro de 1761. Obra de progressistas. Que Progresso! Excetuados os negócios intitulados de jurisdição voluntária, pela nova lei do Tesouro ficavam exclusivamente de todas as questões da Fazenda os tribunais judiciais, extingo o fôro privativo que dantes tinham. Não havia então contencioso algum administrativo para os negócios de Fazenda. Mais um exemplo do espírito nivelador dos tempos que precederam e seguiram o 7 de abril, e que sòmente se preocupava dos interesses e direitos do indivíduo, não dos da sociedade, e que embelezado nas teorias sobre a independência do poder judicial, que aliás violava, não via fora dele nem garantias nem justiça¹⁷⁹.

Para o antigo publicista, a unidade de jurisdição tinha as seguintes desvantagens:

(i) atentaria contra a separação dos poderes, submetendo o Executivo ao Judiciário,

¹⁷⁵ BUENO, Jose Antonio Pimenta, op. cit., p. 336.

¹⁷⁶ "A constituição só estabeleceu estes privilégios de necessidade constitucional, que são por força desta completos. Proscrevendo nos vertentes §§ o antigo systema de privilegios, exceptuan os que forem essencial e intimamente ligados aos cargos por utilidade publica, e os do foro exigido pela natureza das causas, deixando este reconhecimento ás legislaturas ordinarias". SOUSA, Joaquim Rodrigues. **Analyse e commentario da Constituição Política do Império do Brazil ou theoria e pratica do governo constitucional brasileiro**. São Luiz do Maranhão: B. de Mattos, 1870. v. 2. p. 471.

¹⁷⁷ MASAGÃO, Mario, op. cit., p. 109-114.

¹⁷⁸ RIBAS, Antonio Joaquim, op. cit., p. 148-149.

¹⁷⁹ URUGUAI, Paulino José Soares de Souza, Visconde de, op. cit., p. 94-95.

transformando esse em administrador; (ii) embarçaria a Administração, haja vista a possibilidade de se contrariar cada passo daquela; (iii) o Judiciário não estaria habilitado para apreciar razões de Estado e de interesse público, que dominam os assuntos administrativos; (iv) o Judiciário é um local inadequado para julgar questões administrativas, porque está acostumado a uma morosidade, a um rigor e formas inflexíveis; (v) em que pese o contencioso administrativo poder levar à confusão entre juiz e parte, tais inconvenientes seriam menos graves do que se noticia, pois menospreza a capacidade fiscalizatória da opinião pública, das câmaras e da oposição, além de partir do pressuposto de que governo e governados, administradores e administrados têm interesses necessariamente opostos; (vi) por fim, que a unidade jurisdicional levaria a "[...] uma administração fraca, manca, dependente, constantemente interrompida e embarçada na sua ação!"¹⁸⁰.

Antonio Ribas pondera que a criação de tribunais especializados em matéria administrativa só serviria para tornar ainda mais dispendioso o mecanismo administrativo. Mais desejável, segundo ele, seria o aproveitamento de agentes da própria Administração para servir de julgadores e consultores. E, a respeito à confusão entre parte e julgador, Ribas responde não ver objeção, pois "[...] actuando, quer espontanea quer contenciosamente, ella não trata de interesses propriamente seus, e sim do bem geral"¹⁸¹.

Visconde de Uruguai adverte que a atribuição das causas administrativas aos juízes judiciais e o uso do direito privado em questões públicas, teve resultados deletérios. Tantas e tão consideráveis condenações em desfavor da Fazenda Pública foram emitidas que não tardou para que sucessivas restrições à efetivação das decisões judiciais fossem criadas¹⁸². A Lei de 24 de outubro de 1832, por sinal, tornou obrigatória a autorização da Assembleia Geral para se realizar o pagamento de certos tipos de dívidas - uma sentença não seria, por si, suficiente¹⁸³.

Em 1834, provisão de 24 de outubro, expedida pelo Presidente do Tribunal do Tesouro Público Nacional, interpretou a Lei de 4 de outubro de 1831, no sentido de que essa não impediria que o Tribunal do Tesouro Público Nacional seguisse com sua jurisdição contenciosa, em que pese a Lei de 1831, no seu art. 91, fosse expressa no sentido contrário¹⁸⁴. Foi uma manobra ilegal:

¹⁸⁰ URUGUAI, Paulino José Soares de Souza, Visconde de, op. cit., p. 81-83.

¹⁸¹ RIBAS, Antonio Joaquim, op. cit., p. 164.

¹⁸² URUGUAI, Paulino José Soares de Souza, Visconde de, op. cit., p. 95.

¹⁸³ Art. 31. Não será inscrita, nem paga dívida alguma que respeite a perda de particulares por motivo de guerra interna e externa, sem autorização da Assembléa Geral.

¹⁸⁴ Art. 91. A jurisdição contenciosa, que exercitava o mesmo Conselho extincto, fica pertencendo aos Juizes Territoriaes, com recurso para a Relação do districto, guardados os termos de direito.

E' revoltante a cavilosidade dessa provisão. E'la procura, num rabulejar inepto, justificar uma flagrante violação de lei. O argumento, de que para isso lançou mão, não merece refutação séria. Basta ponderar que, na lei de 1761, como na de 1831, as expressões jurisdição voluntária e jurisdição contenciosa eram justamente significativas de funções bem determinadas, e contrapostas uma a outra¹⁸⁵. (conforme o original)

Menos de dois meses após o restabelecimento da jurisdição contenciosa em favor do Tesouro Público Nacional, veio a Lei nº. 242, de 29 de novembro de 1841, que "[r]estabelece o privilegio do fôro para as causas da Fazenda Nacional, e crêa um Juizo Privativo dos Feitos da Fazenda de Primeira Instancia", da qual merece relevo: (i) a competência para qualquer feito cível de interesse da Fazenda Nacional [art. 2º]; (ii) ressalvadas algumas derrogações, aplicava-se as regras processuais comuns [art. 3º]; (iii) o magistrado responsável seria um juiz de direito especial [art. 4º]; (iv) o reexame necessário de sentenças contrárias à Fazenda Nacional [art. 13]; (v) a revisão das sentenças caberia às Relações [art. 14].

Por feitos cíveis, compreendiam-se os conflitos em que o Estado aparecesse como uma pessoa jurídica comum, sem prerrogativas, acionando ou sendo acionado como um particular, em matérias como direitos de propriedade e contratos, salvo estipulação legal em contrário. Questões administrativas estavam excluídas dessa competência, já que juízes judiciários delas não poderiam conhecer¹⁸⁶.

Nos anos seguintes, a restauração do contencioso administrativo ganhou intensidade, sempre por meio de decretos, regulamentos e outros atos infralegais, os quais subtraíam competências legalmente deferidas ao Judiciário, e transferiam-nas a órgãos administrativos¹⁸⁷.

Exemplificadamente:

- o art. 25 do Decreto nº. 2.343, de 29 de janeiro de 1859 qualificava com "autoridade de sentença" decisões contenciosas dos Chefes de Repartição de Fazenda, do Tribunal do Tesouro e do Ministro da Fazenda;

¹⁸⁵ MASAGÃO, Mario, op. cit., p. 120.

¹⁸⁶ URUGUAI, Paulino José Soares de Souza, Visconde de, op. cit., p. 60-61.

¹⁸⁷ Visconde de Uruguai lista os seguintes: Ministros de Estado, Conselho de Estado, o Tesouro, Presidentes da Província, Tesourarias, Inspetores de Alfândega, Administradores dos Consulados, Recebedorias, Mesas de Renda e as Coletorias, Provedores da Casa da Moeda, Inspetor Geral dos Diamantes, Capitânias de Portos, Auditoria da Marinha, Administradores dos Correios, Juízes Comissários na medição de sesmarias, Comissão de Julgamento de infrações sobre transporte de emigrantes, Congregações de Lentes nas faculdades de Direito e Medicina, Tribunas do Comércio e Juízes de Direito, os dois últimos na parte administrativa. URUGUAI, Paulino José Soares de Souza Visconde de, op. cit., p. 107-108.

- O Decreto nº. 2.926, de 14 de maio de 1862, referente a contratações para obras públicas, previa que todas as dúvidas e contestações a cargo do Ministério da Agricultura, Comércio e Obras Públicas seriam resolvidas pelo próprio Ministério e nas Províncias, pelos respectivos Presidentes, na hipótese de urgência [art. 38];

- a Ordem nº. 268, de 3 de outubro de 1859, declarou falecer ao Judiciário competência para conhecer e decidir sobre o lançamento de impostos;

- o Regulamento nº. 124, de 5 de fevereiro de 1842, Regimento Provisório do Conselho de Estado, regia o sistema recursal no tocante às decisões dos Presidentes das Províncias e Ministros de Estado. Caberia ao Imperador, ouvido ou não o Conselho de Estado, resolver o litígio via *imperial resolução*, que seria executada como qualquer sentença judiciária ou administrativamente, se vencida a Administração [arts. 45 a 51];

- a Ordem nº. 160, de 5 de julho de 1859 incumbia aos Presidentes de Província deliberar acerca das reclamações contenciosas administrativas, excluídas as de alçada do Ministério da Fazenda.

Na opinião de Lydia Garner, essas mudanças foram reflexo das turbulências políticas da Regência e começo do 2º Reinado. A concentração de poderes - ou melhor, a retirada das causas administrativas das mãos do Judiciário - proporcionou a continuidade da atividade administrativa que, em todas suas etapas, começava e terminava dentro do Executivo. Sem tal medida, prossegue a historiadora, a partir de 1842 e nos anos seguintes, a restauração da lei e da ordem poderia ter sido comprometida. E como o Imperador era também o Chefe do Executivo, a prerrogativa de julgamento administrativo conferia àquele o simbolismo dos dogmas da monarquia e legitimidade¹⁸⁸.

3.1.1 O Conselho de Estado brasileiro

O Conselho de Estado precede à Constituição de 1824. Dalmo Dallari vê sua origem no Conselho de Procuradores, instalado por D. João VI com o escopo de adaptar a Constituição de Portugal, então em gestão, ao Reino do Brasil. Em 1822, o Príncipe Regente D. Pedro, sob inspiração de José Bonifácio de Andrada e Silva, convocou novo colegiado,

¹⁸⁸ GARNER, Lydia Magalhães Nunes. Justiça Administrativa no Brasil do Segundo Reinado (1842-1889). **Revista de História**, São Paulo, n. 147, dez. 2002. Disponível em <http://www.revistasusp.sibi.usp.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0034-83092002000200007&lng=pt&nrm=iso>. acessos em 01 jul. 2012.

denominado Conselho de Procuradores-Gerais das Províncias do Brasil, com finalidades consultivas¹⁸⁹. Por fim, após a dissolução da Assembleia Constituinte de 1823, o Imperador instalou o Conselho de Estado para elaborar o projeto de Constituição¹⁹⁰.

O Conselho teria, pois, um objetivo imediato, que era a elaboração do projeto de Constituição, mas além disso funcionaria como assessor do Executivo nos assuntos de maior importância. Os Ministros do Império, então em número de seis, eram considerados Conselheiros natos, somando-se a eles o Desembargador do Passo e três Conselheiros da Fazenda.

Esse Conselho de Estado não foi propriamente extinto, mudando, todavia, sua natureza com a outorga da Constituição de 25.3.1824, quando surgiu como um órgão constitucional, com maior autoridade, portanto, além de ter mais bem definidas as suas atribuições¹⁹¹.

Seguindo o exemplo dos conselhos anteriores, a Constituição de 1824 engendrou o Conselho de Estado com composição de até dez membros vitalícios, nomeados pelo Imperador, com funções meramente consultivas¹⁹². Nos anos subsequentes, a contribuição institucional do Conselho de Estado foi mínima:

Este Conselho de Estado tinha senões consideráveis. Era ao mesmo tempo político e administrativo, mas preponderava nele em demasia a côr política. Como corpo administrativo era manco, porque era somente ouvido em negócios graves e medidas gerais, de modo que ou se havia de criar outro Conselho para as medidas não graves ou gerais, que avultam, ou ficaria a administração privada de auxílio para desbasta a massa enorme de negócios administrativos, de negócios secundários, mas também importantes, que sobre ela pesa, e que se liga mais ou menos com os graves e gerais, sendo mui difícil discriminar bem, nos casos supervenientes, o que é grave e geral do que o não é. Esse Conselho de Estado nunca foi desenvolvido por uma lei regulamentar, nem por meio de regulamentos, na parte administrativa. Nunca funcionou como tribunal administrativo. Nem para ele havia recursos marcados¹⁹³. (conforme o original)

O tema persistiu controverso: os liberais almejavam a jurisdição una; os conservadores, um Conselho de Estado nos moldes franceses, o que o brasileiro estava longe de ser. O órgão chegou a ser extinto por meio do Ato Adicional, Lei nº. 16, de 12 de agosto de 1834, mas ressurgiu em 1841, organizado em quatro seções: (i) Justiça e Estrangeiros, (ii)

¹⁸⁹ DALLARI, Dalmo de Abreu. O Conselho de Estado e o Contencioso Administrativo no Brasil. **Revista de Direito Público**, São Paulo, v. 11, p.33-34, jan/mar 1970.

¹⁹⁰ BRASIL. **Projecto de Constituição para o Império do Brasil, organizado no Conselho de Estado sobre as bases apresentadas por Sua Magestade Imperial o Senhor D. Pedro I. Imperador Constitucional e Defensor Perpetuo do Brasil**. Rio de Janeiro: Typographia Nacional, 1823. 46 p.

¹⁹¹ DALLARI, Dalmo de Abreu, op. cit., p.33-34.

¹⁹² Constituição de 1824. Art. 142. Os Conselheiros serão ouvidos em todos os negocios graves, e medidas geraes da publica Administração; principalmente sobre a declaração da Guerra, ajustes de paz, negociações com as Nações Estrangeiras, assim como em todas as occasiões, em que o Imperador se proponha exercer qualquer das attribuições proprias do Poder Moderador, indicadas no Art. 101, á excepção da VI.

¹⁹³ URUGUAI, Paulino José Soares de Souza, Visconde de, op. cit., p. 152-153.

Marinha e Guerra, (iii) Fazenda e (iv) Império, sendo presidido, quando em composição plena, pelo Imperador. Em termos normativos, sua função consultiva o colocava no centro dos temas mais politicamente relevantes da época¹⁹⁴.

O Regulamento nº. 124, de 5 de fevereiro de 1842, regimento provisório do Conselho de Estado, não deixava dúvidas que suas manifestações eram pareceres, que o Imperador poderia ou não acolher [art. 9º]. Cabia ao Conselho apreciar, como objeto não litigioso, leis provinciais e todos os negócios que o Presidente da Província encaminhasse [art. 21]. Mas o detalhe mais relevante para a pesquisa são os chamados objetos contenciosos.

À semelhança do art. 13 da Lei Francesa de 16-24 de agosto de 1790, que proibia os juízes judiciais de apreciar matéria administrativa, o art. 24 do Regulamento nº. 124 também vedava aos magistrados brasileiros proceder de modo equivalente:

Art. 24. Quando o Presidente de uma Província, ou o Procurador da Coroa na Corte, e Província do Rio de Janeiro, tiver notícia de que uma Autoridade Judiciária está efetivamente conhecendo de algum objeto administrativo, exigirá dela os esclarecimentos precisos, bem como as razões, pelas quais se julga com jurisdição sobre o objeto.

Era o próprio Conselho de Estado quem apreciava os conflitos ou denúncias de invasão à competência administrativa por parte de autoridade judiciária [art. 26]. Não existia um Tribunal de Conflitos ou equivalente para o desempenho exclusivo dessa função. Quanto aos meios de execução, o art. 51 do Regulamento equiparava as decisões finais às sentenças judiciais, mas a execução se dava administrativamente.

Sobre as funções consultivas, a legislação não exigia a oitiva do Conselho de Estado, salvo esporadicamente¹⁹⁵. O poder decisório era do Imperador, apondo seu “de acordo”, acolhendo a posição da maioria ou minoria dos integrantes dos conselheiros¹⁹⁶.

¹⁹⁴ Lei nº. 234, de 1841. Art. 7º Incumbe ao Conselho de Estado consultar em todos os negócios, em que o Imperador Houver por bem ouvi-lo, para resolvê-los; e principalmente:

1º Em todas as ocasiões, em que o Imperador se propuzer exercer qualquer das atribuições do Poder Moderador, indicadas no artigo cento e um da Constituição.

2º Sobre declaração de guerra, ajustes de paz, e negociações com as Nações estrangeiras.

3º Sobre questões de presas, e indenizações.

4º Sobre conflitos de jurisdição entre as Autoridades Administrativas, e entre estas, e as Judiciarias.

5º Sobre abusos das Autoridades Ecclesiasticas.

6º Sobre Decretos, Regulamentos, e Instruções para a boa execução das Leis, e sobre Propostas, que o Poder Executivo tenha de apresentar á Assembléa Geral.

¹⁹⁵ Visconde de Uruguai enumera ao menos doze casos, previstos em lei ou regulamento, prevendo a obrigatoriedade de manifestação do Conselho de Estado. URUGUAI, Paulino José Soares de Souza, Visconde de, op. cit., p. 198-200.

¹⁹⁶ O Imperador seguiu a maioria em 84% dos casos publicados. LOPES, José Reinaldo de Lima. **O Oráculo de Delfos: o Conselho de Estado no Brasil-Império**. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 7 e 125-128.

Os pedidos de consultas provinham de todas as partes, em recursos decorrentes de decisões dos Presidentes das Províncias e outros [art. 26, 45 a 47 do Regulamento nº. 124] e, surpreendentemente, até do Judiciário. Quanto ao resultado, poderia ocorrer o seguinte:

Em primeiro lugar, [o Conselho de Estado] poderia pura e simplesmente responder à pergunta ou dúvida do juiz ou administrador. Em segundo lugar, poderia não respondê-la e insistir em que ele mesmo tomasse a decisão, caso o Conselho considerasse a lei suficientemente clara. Em terceiro lugar, poderia sugerir ao Imperadora edição de um decreto regulamentador. Em quarto lugar, poderia sugerir à Assembleia Geral a edição de uma lei interpretativa ou declaratória. Em quinto lugar, poderia reconhecer que a matéria não estava adequadamente tratada (isto é, que a aplicação da lei ou era difícil ou trazia consequências indesejadas ou indesejáveis) e sugerir ao Legislativo edição de nova lei sobre o assunto. Essas são as atitudes que encontramos em todos esses casos¹⁹⁷.

Essa curiosa prática de juízes e tribunais consultarem o governo - isto é, o Ministério da Justiça e Conselho de Estado acerca da aplicação das leis - comporta diversas explicações. Consoante José Reinaldo Lopes, era um sintoma da falta de autonomia do Judiciário, que estava mais para um departamento que um poder autônomo. Os juízes percebiam-se como servidores do governo, cuja carreira poderia levá-los para fora da magistratura. Alguns magistrados talvez quisessem fazer-se notar aos ministros, outros talvez fossem tímidos e outros, ainda, acusados de covardia¹⁹⁸.

Relevante mencionar, por fim, que nem mesmo quando a legislação atribuía poder decisório ao Conselho de Estado, este assumia tal encargo. Por exemplo, a Lei nº. 581, de 4 de setembro de 1850, que reprimia o tráfico de africanos no Império, previa que a aplicação das penalidades caberia em primeira instância pela Auditoria da Marinha, com possibilidade de recurso ao Conselho de Estado¹⁹⁹. Em que pese o texto legal expresso, o Conselho se autocontinha, em deferência ao pensamento de que atribuir natureza adjudicatória aos seus pareceres faria desaparecer a responsabilidade ministerial, obrigando o Ministro de Estado a seguir uma decisão de cuja formação não participou²⁰⁰.

¹⁹⁷ LOPES, José Reinaldo de Lima. **O Oráculo de Delfos: o Conselho de Estado no Brasil-Império**, op. cit., p. 129.

¹⁹⁸ Idem.

¹⁹⁹ Art. 8º Todos os apresamentos de embarcações, de que tratão os Artigos primeiro e segundo, assim como a liberdade dos escravos apprehendidos no alto mar, ou na costa antes do desembarque, no acto d'elle, ou immediatamente depois em armazens, e depositos sitos nas costas e portos, serão processados e julgados em primeira instancia pela Auditoria de Marinha, e em segunda pelo Conselho d'Estado. O Governo marcará em Regulamento a fórma do processo em primeira e segunda instancia, e poderá crear Auditores de Marinha nos portos onde convenha, devendo servir de Auditores os Juizes de Direito das respectivas Comarcas, que para isso forem designados.

²⁰⁰ URUGUAI, Paulino José Soares de Souza, Visconde de, op. cit., p. 86-87 e 199.

3.1.2 Houve um efetivo sistema de contencioso administrativo durante o Império?

O contencioso administrativo brasileiro subsistiu cercado de dúvidas sobre sua constitucionalidade e legalidade.

No que se refere à constitucionalidade, a Carta de 1824 previu a separação dos poderes, e um "Poder Judicial" integrado por uma magistratura unitária, indivisível, atuante no cível e crime, sem possibilidade de outrem avocar, sustar ou reviver processos findos [art. 10, 151 e 179, XII]. O contencioso foi omitido, o que nos primeiros anos depois da outorga, foi entendido como vedação e, por isso, órgãos administrativos com funções contenciosas foram abolidos. Décadas depois, a omissão constitucional foi compreendida como permissão e espaço para sua restauração.

O que mudou foi a interpretação do que era administrar e julgar. Juristas da época, como Henrique Barros, ensinavam que a separação dos poderes implicava necessariamente no contencioso administrativo, posto que "[o] poder de administrar logicamente compreende o poder de julgar administrativamente, isto é, a jurisdição"²⁰¹. E mais:

Resolver as questões administrativas ou governamentais, é administrar ou governar; dar esta importante parte da administração ou governo à autoridade judiciária e a seu processo moroso, seria enervar, subordinar e aniquilar toda a força governamental, impossibilita-la de preencher sua grande missão, e tornar injusta toda a sua responsabilidade. O que faria o governo sobre o contracto de fornecimento de viveres para um exercito, sobre a reparação de uma ponte, a abertura de uma estrada, ou serviços semelhantes, enquanto a questão pendesse dos tribunais?²⁰² (conforme o original)

No pensar da época, administrar abrangia implicitamente a competência para julgar as controvérsias advindas dessa tarefa. Logo, a Carta de 1824 não precisaria abordar o assunto.

Acerca da legalidade do contencioso administrativo brasileiro, a situação era mais delicada. Até Visconde de Uruguai, um ferrenho defensor do contencioso administrativo, lamentava que nosso contencioso arrimava-se em vagas autorizações legislativas - que nem de longe se referiam à ideia de julgamento administrativo -, com um resultado limitado,

²⁰¹ BARROS, Henrique do Rego. **Apontamentos sobre o contencioso administrativo e sobre os privilégios e prerrogativas da Administração nos contratos e transacções que celebra como Poder Público**. Rio de Janeiro: Laemmert. 1874. p. 3.

²⁰² BUENO, Jose Antonio Pimenta, op. cit., p. 299-300.

incompleto²⁰³. Mario Masagão foi mais enfático: "[n]osso contencioso administrativo simplesmente não possuía base legal alguma"²⁰⁴.

A despeito da presença de um Conselho de Estado, nosso sistema não possuiu um desenvolvimento sequer próximo ao contencioso francês. Os pareceres do Conselho não eram vinculantes e sequer sua consulta era obrigatória. No que diz respeito às garantias dos conselheiros, embora vitalícios, não eram juízes independentes, conforme os critérios de hoje, posto que

[...] eles [conselheiros] conservavam seus cargos de senadores e eram frequentemente chamados a exercer ministérios. Não havia, portanto, o isolamento que normalmente se espera de um órgão judicante. Tanto assim que uma reforma como a operada na França em 1872, ou na Itália em 1865, onde o papel de juiz administrativo ficara claramente definido e reservado aos respectivos conselhos, não aconteceu no Brasil monárquico. Embora definido em lei o papel de nosso Conselho como sendo de instância recursal nos casos do Tesouro Nacional, ou de Recurso à Coroa, ele se recusou a assumir função deliberativa e o próprio rito de submeter suas opiniões à resolução da Augusta Pessoa indica essa forma de conceber-se²⁰⁵.

Acaso o litígio contra o Poder Público não possuísse natureza administrativa, seria da alçada dos juízes dos feitos da Fazenda Pública²⁰⁶, o que não era sinônimo de um processo conduzido de modo independente. É que, como visto, o magistrado da causa poderia consultar o Conselho de Estado acerca de como proceder, como julgar. Além da vontade de acertar e buscar a aprovação do Ministro da Justiça, os juízes sujeitavam-se a remoções e suspensões ordenadas pelo Moderador. Sua independência era, pois, muito relativa²⁰⁷.

Em feliz síntese, Maria da Glória Pinto Dias Garcia atribui o fracasso da justiça administrativa, em sua função garantidora, à força do administrador que se sobrepôs ao juiz, e não o juiz ao administrador, como aconteceu na França. E finaliza:

²⁰³ Visconde de Uruguai conseguia ver nisso um lado positivo: "Talvez porém que mais enfezado e incompleto fôsse, se sáísse, ou as bases em que devia assentar, das mãos do corpo legislativo. Poucas pessoas o conheciam [contencioso administrativo]. Acostumados muitos à antiga organização judiciária administrativa portuguesa que nos regera e regia, imbuídos na idéia de que não pode haver justiça senão na magistratura togada e perpétua; receios do que lhes pareceria aumento de influência ao Governo, êsse mesmo enfezado contencioso administrativo, criado em regulamentos, contra o qual nada depois se disse, encontraria oposição vivíssima, daria lugar a discussões intermináveis, e, se passasse, passaria ainda mais enfezado e incompleto do que é. As Câmaras são pouco próprias para entrarem em minuciosos desenvolvimentos administrativos". URUGUAI, Paulino José Soares de Souza Visconde de, op. cit., p. 102.

²⁰⁴ Em outra passagem, o publicista volta à carga: Nenhuma lei do Império forneceu base para a instituição do contencioso administrativo, podendo afirmar-se que o poder executivo o implantou á revelia e com usurpação das funções do poder legislativo". MASAGÃO, Mario, op. cit., p. 128 e 134.

²⁰⁵ LOPES, José Reinaldo de Lima. **O Oráculo de Delfos: o Conselho de Estado no Brasil-Império**, op. cit., p. 210.

²⁰⁶ Por exemplo, direitos de propriedade e contratos, salvo estipulação legal em contrário. URUGUAI, Paulino José Soares de Souza Visconde de, op. cit., p. 60-61.

²⁰⁷ LOPES, José Reinaldo de Lima. **O Oráculo de Delfos: o Conselho de Estado no Brasil-Império**, op. cit., p. 260.

O período de vigência da Constituição Imperial, correspondente a um interregno, fora, no campo das garantias formais do direito perante o poder, uma frustração. Em especial, o modelo francês dos conselhos administrativos fora mal entendido, deficientemente delineado em legislação desconexa e esboroou-se sem deixar saudades²⁰⁸.

Fazendo um paralelo com o contencioso francês, em que pese certos pontos em comum, como a leitura do princípio da separação dos poderes e o Conselho de Estado, a confusão entre competências de diversos órgãos administrativos e judiciais, a falta de independência e de garantias em favor do particular guiam à conclusão de que, no Brasil, não houve um contencioso administrativo verdadeiro, ao menos nos moldes franceses. Quando muito, esteve entre as etapas do administrador-juiz, com alguns traços da justiça retida, no ponto em que o Imperador julgava as controvérsias ouvindo o Conselho de Estado²⁰⁹.

3.2 Constituição de 1891

3.2.1 Extinção do contencioso administrativo

Nos últimos anos do Império, a implantação do telégrafo, das estradas de ferro, iluminação pública, gás e outros, forçaram a maior interação entre Administração e setor privado, via contratos. Tais relações exigiam estabilidade, imparcialidade e previsibilidade, qualidades que o contencioso administrativo brasileiro não possuía. Uma das saídas foi o uso

²⁰⁸ GARCIA, Maria da Glória Pinto dias. **Da justiça administrativa em Portugal**: sua origem e evolução. Lisboa: Universidade Católica, 1994. p. 370.

²⁰⁹ Nesse sentido, CORREIA, Sérvulo, op. cit., p. 201. Eduardo Gualazzi é mais severo: “Verifica-se, pois, que na época imperial o Brasil não teve, a rigor, o instituto do contencioso administrativo, como jurisdição administrativa totalmente independente da Administração ativa e do Poder Judiciário, a exemplo do contencioso administrativo francês, tal como passou a constituir-se a partir de 1872 (adoção da justiça delegada). Com efeito, o Imperador sempre pôde rever e alterar as decisões do Conselho de Estado sobre matéria contenciosa administrativa, situação que recorda a daqueles dez anos (1789-1799) em que a França conheceu o fenômeno da Administração-Juiz (funcionários da Administração ativa que julgavam litígios administrativos), bem como relembra, *mutatis mutandis*, a do período francês inaugurado pelo Imperador Napoleão Bonaparte, no tocante à “justiça retida”. GUALAZZI, Eduardo Lobo Botelho. **Justiça administrativa**, op. cit., p. 139.

de arbitragem; outra, antecipou o que viria com a República: a valorização do sistema judicial em detrimento do administrativo, outorgando àquele a competência para as novas pautas²¹⁰.

Mas não haveria tempo para adaptações. O contencioso administrativo estava por demais vinculado ao Império e não sobreviveria a seu fim²¹¹. Antes da Constituição de 1891, o Decreto nº. 1, de 15 de novembro de 1889, tacitamente extinguiu o contencioso administrativo. Posteriormente, o Decreto nº. 848, de 11 de outubro de 1890, organizou o Poder Judiciário da União, conferindo à Justiça Federal a competência para processar e julgar: (i) as causas em que alguma das partes fundar a ação ou defesa em dispositivo constitucional ou tenham por origem atos administrativos do Governo Federal; (ii) ações que interessarem ao Fisco Nacional [art. 15]. Tal decreto atribuiu os processos envolvendo o Poder Público Federal ao Judiciário, cuja missão era colocar aquele "dentro da legalidade"²¹².

Parecia claro que o contencioso administrativo era incompatível com os novos tempos²¹³, mas naquele momento de transição, nem todos apreenderam em sua inteireza as implicações da unidade jurisdicional. Tanto que as primeiras Constituições de São Paulo²¹⁴ e

²¹⁰ GARCIA NETO, Paulo Macedo. O Judiciário no crepúsculo do Império (1871-1887). In: LOPES, José Reinaldo de Lima. **O Supremo Tribunal de Justiça do Império: 1828-1889**. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 131-135.

²¹¹ Segundo Themistocles Brandão Cavalcanti, a concentração de poderes nas mãos do Executivo animaram tentativas de restabelecimento do antigo Conselho de Estado, embora sob nova roupagem, conforme diversas propostas da década de trinta do século passado, a exemplo do Conselho Supremo da República. CAVALCANTI, Themistocles Brandão, op. cit., p. 509.

²¹² Confira-se a Exposição de motivos do Decreto nº 848 de 11.10.1890, da lavra do Ministro e Secretário de Estado dos Negócios da Justiça, Manuel Ferraz de Campos Salles: "O principal, sinão o único intuito do Congresso na sua primeira reunião, consiste sem duvida em collocar o poder publico dentro da legalidade. [...] Não se trata de tribunaes ordinarios de justiça, com uma jurisdição pura e simplesmente restricta à applicação das leis nas múltiplas relações do direito privado. A magistratura que agora se instala no paiz [Justiça Federal], graças ao regimen republicano, não é um instrumento cego ou mero interprete na execução dos actos do poder legislativo. Antes de applicar a lei cabe-lhe o direito de exame, podendo dar-lhe ou recusar-lhe sancção, si Ella lhe parecer conforme ou contraria à lei orgânica. O poder de interpretar as leis, disse o honesto e sábio juiz americano, envolve necessariamente o direito de verificar si ellas são conformes ou não à constituição, e neste ultimo caso cabe-lhe declarar que ellas são nullas e sem effeito. Por este engenhoso mecanismo consegue-se evitar que o legislador, reservando-se a faculdade da interpretação, venha a collocar-se na absurda situação de juiz em sua propria causa. [...] De resto, perante a justiça federal dirimem-se não só as contendas que resultam do direito civil, como aquellas que mais possam avultar na elevada esphera do direito publico. Isto basta para assignalar o papel importantíssimo que a constituição reservou ao poder judiciário no governo da República. Nelle reside essencialmente o principio federal; e da sua boa organização, portanto, é que devem decorrer os fecundos resultados que se esperam do novo regimen, precisamente porque a Republica, segundo a máxima americana, deve ser o governo da lei". BRASIL. Decreto nº 848, de 11 de outubro de 1890. **Justiça Federal: legislação**. Brasília, DF, p. 13-14, 1993.

²¹³ "Pelas citadas disposições da Constituição Federal foi claramente revelado o pensamento do legislador constituinte de abolir o contencioso administrativo, confiando-se aos tribunaes judiciais a attribuição de processar e julgar os feitos, que antes eram da competência dos tribunaes administrativos". LESSA, Pedro. **Do Poder Judiciário**. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1915. p. 143-144.

²¹⁴ Art. 64. Os conflitos de jurisdição entre autoridades judiciais e administrativas serão decididas por um Tribunal especial composto do Presidente do Estado, Senado e Tribunal de Justiça. O Presidente da Câmara será o substituto do Presidente do Senado.

Bahia²¹⁵ criaram tribunais de conflito. Ora, tal estrutura propõe-se a dizer se determinada causa é da alçada da jurisdição administrativa ou judicial. Abolida aquela, não haveria conflitos a decidir, pois tudo seria julgado pela única jurisdição existente - a dos juízes judiciários.

Manuel Pedro Villaboim argumentou que o contencioso administrativo era incompatível com a nova ordem constitucional, notadamente a harmonia e separação dos poderes, sob pena de "perturbações constantes à marcha regular do Estado"²¹⁶. Isto é, a mesma separação de poderes que servia de alicerce ao contencioso administrativo, é esgrimida para refutá-lo.

Quando finalmente veio a Constituição de 1891, a Justiça Federal estava em pleno funcionamento, era uma realidade. Todos, particulares ou Administração, submetiam-se aos mesmos tribunais:

Si a acção é o meio de que dispõe o proprietario de um direito para fazel-o respeitar e si a Constituição a reconhece aos particulares em todas as controversias contra o governo da União e de clara competente para conhecer d'ellas o poder judiciário, reconhece que o Governo é n'esses litigios uma parte igual ao particular com quem contende; que, infringindo a lei e desrespeitando um direito, o governo está, como o particular, sujeito á autoridade do poder judiciario, incumbido de fazer respeitar uma e outra quando violados; não permite a anomalia de ser o poder administrativo parte e juiz ao mesmo tempo²¹⁷. (conforme o original)

Mario Masagão é mais contundente:

Teria a constituinte republicana deixado de enfrentar a monstrosidade francelha? E de lhe cercear as prováveis futuras arremetidas, em que é muito vezeiro, como prova o seu subreptício viver do tempo imperial? É de lhe tapar, já não as portas, senão também todas as brechas, por onde se insinuasse? Teria á letra da Lei Fundamental escapado aquilo que tão fortemente lhe andava no espírito, - o golpe que aniquilasse ao contencioso as vidas todas, com que se assemelha o corpo de mil cabeças?²¹⁸

E responde, pormenorizando que o art. 60 da Constituição de 1891, "irritante pela insistência explicativa" ao atribuir todas as lides ao Judiciário, encetou o sistema de jurisdição una. Ademais, segue o publicista, o contencioso administrativo é incompatível com a

²¹⁵ Art. 72. Incumbe privativamente ao Tribunal de Conflitos:

1º. resolver os conflitos positivos e negativos entre as autoridades administrativas e as judiciárias;

2º. conhecer dos recursos interpostos das decisões de qualquer juízo ou tribunal, quando elas tenham por fundamento negar a validade das leis e regulamentos do Estado, por contrários a esta Constituição.

²¹⁶ VILLABOIM, Manuel Pedro. É sustentável perante a Constituição Federal o Contencioso Administrativo? **Revista da Faculdade de Direito de São Paulo**, São Paulo, n. 1, p. 82, 1893.

²¹⁷ Ibidem, p. 83.

²¹⁸ MASAGÃO, Mario, op. cit., p. 146-147.

Constituição, na medida em que seria um foro privilegiado, o que seria vedado pelo art. 72, § 23.

Quanto à falta de revogação expressa, lembra Mario Masagão que o contencioso administrativo do Império possuía somente bases infralegais, e o art. 83 da Constituição só menciona a subsistência de atos legislativos compatíveis com a República. Não caberia à nova Constituição descer à minúcia de revogar atos infralegais²¹⁹. Foi o ponto de vista que prevaleceu.

3.2.2 Organização judicial para lides envolvendo a Administração Pública

Seguindo a matriz estadunidense²²⁰, o Judiciário comum foi dividido em federal e estadual. A superioridade da unidade de jurisdição, na opinião de Themistocles Brandão Cavalcanti, respaldava-se na conciliação entre os papéis administrativo e judicial: ao primeiro cabia apreciar privativamente a conveniência e oportunidade do ato administrativo; ao segundo, o julgamento limitado a aspectos da legalidade²²¹. A unidade de jurisdição, portanto, não impediu que órgãos administrativos recebessem impugnações ou solucionassem controvérsias diretamente, sem a intervenção judicial. É o que vigora até hoje, a não ser pela expansão das fronteiras do que é judicialmente apreciável.

Começando pela Justiça Federal, competia-lhe julgar causas ajuizadas pela e contra União ou Fazenda Nacional, inclusive, pedidos de compensação, reivindicações e indenizações, dentre outras. A isso, somavam-se litígios fundado na Constituição, leis e regulamentos do Executivo Federal, e entre um Estado e cidadãos domiciliados em outra unidade da federação [art. 60]²²². Pertinente mencionar que era explicitamente vedado penetrar na esfera de conveniência e oportunidade do ato administrativo, devendo o julgamento limitar-se à legalidade [Lei nº. 221/1894, art. 13, § 9º, "a"].

²¹⁹ MASAGÃO, Mario, op. cit., p. 137-152.

²²⁰ Essa inspiração ficou expressa na exposição de motivos do Decreto nº. 848, de 11 e outubro de 1890 e no art. 386, segundo o qual “Os estatutos dos povos cultos e especialmente os que regem as relações jurídicas na República dos Estados Unidos da América do Norte, os casos de *common law* e *equity*, serão também subsidiários da jurisprudência e processo federal”.

²²¹ CAVALCANTI, Themistocles Brandão, op. cit., p. 472.

²²² O rol é bem mais abrangente que o vigente art. 109, I da Constituição, que limita a competência da Justiça Federal, basicamente, às causas em que a União, entidade autárquica, fundação ou empresa pública federal forem interessadas na condição de autoras, rés, assistentes ou oponentes, exceto as de falência, acidentes de trabalho e outras sujeitas à Justiça Eleitoral e do Trabalho.

A primeira instância era exercida por juízes seccionais, funcionando o Supremo Tribunal Federal como segunda instância²²³, uma vez que a Constituição de 1890 previu tribunais federais de segunda instância, que nunca foram instalados²²⁴.

O juiz seccional constituía um dos elementos de tensão política da época, pois as garantias constitucionais do seu cargo - vitaliciedade e inamovibilidade - colocavam-no a salvo de demissão ou remoção após a derrubada de determinada oligarquia. O magistrado seccional permaneceria no cargo e poderia, por exemplo, conceder uma ordem de *habeas corpus* para a oligarquia decaída, cujo desrespeito seria pretexto para a intervenção federal. Contudo, o despacho de forças federais para a intervenção só ocorreria se o Presidente da República apoiasse a oligarquia destituída. Caso contrário, o Chefe do Executivo respondia ao juiz seccional que requisitasse força militar ao Presidente do Estado, quando era precisamente essa autoridade quem estava desobedecendo a ordem judicial. Outras vezes, era concedida força federal insuficiente ou essa recebia ordens para dirigir-se lentamente ao local dos conflitos, etc. Quando o governo federal tencionava derrubar a oligarquia dominante, ocorria exatamente o oposto²²⁵.

O controle das nomeações pelas oligarquias estaduais somava-se à organização bastante precária dos juízes seccionais e restrições impostas legalmente ao seu papel de garantia aos direitos políticos, enquanto intérpretes da Constituição. Se algum deles tivesse a veleidade de afrontar alguma das oligarquias estaduais, sem o apoio de outra ou do governo federal, sua ação seria inútil por carência de meios materiais para efetivar sua decisão. Além disso, os seus suplentes, leigos e sem remuneração, eram nomeados pelo Presidente da República a partir da indicação das próprias oligarquias, o que assegurava a ineficácia da ação da Justiça Federal no interior do país²²⁶.

²²³ Decreto nº. 848, de 11 de outubro de 1890. Art. 9º Compete ao Tribunal:
[...]

II. Julgar em gráo de recurso e em ultima instancia:

a) as questões decididas pelos juizes de secção e de valor superior a 2:000\$000;
b) as questões relativas á successão de estrangeiros, quando o caso não for previsto por tratado ou convenção;
c) as causas criminaes julgadas pelos juizes de secção ou pelo jury federal;
d) as suspeições oppostas aos juizes de secção.

²²⁴ O art. 58 da Constituição previa a autodeterminação dos tribunais federais, nunca instalados. O Decreto nº. 4.381, de 5 de dezembro de 1921, autorizou o Poder Executivo a criar três tribunais federais: o primeiro, com jurisdição do Acre à Bahia, inclusive, com sede em Recife; o segundo, abrangendo Espírito Santo e Rio de Janeiro, com sede neste; o derradeiro, com jurisdição no resto do território nacional, com sede em São Paulo. Só com a Constituição de 1988 operou-se a descentralização, com as cinco regiões da Justiça Federal.

²²⁵ KOERNER, Andrei. **O Poder Judiciário no sistema político da primeira república**. Revista da USP, n. 21, p. 58-59, mar/maio 1994.

²²⁶ Ibidem, p. 58-59.

No âmbito da justiça estadual, cada estado-membro organizou seu Judiciário, mantendo uma primeira instância e uma recursal²²⁷. Em termos processuais, a riqueza era maior dada a competência estadual para legislar sobre direito processual²²⁸. O Supremo Tribunal Federal conectava-se ao sistema estadual como órgão de cúpula, revisando decisões do tribunal estadual de última instância [art. 59, § 1º da Constituição de 1891]. Mas, a exemplo da Justiça Federal, faltava independência com relação às oligarquias locais²²⁹.

As mudanças valorizaram o estudo do direito público. Carlos Maximiliano compara o antes e o depois da Constituição de 1891:

O Judiciario não amparava o cidadão contra os actos illegaes do Ministerio, do Presidente da Provincia, da Assembléa Legislativa, da Assembléa Provincial, nem da edilidade, siquer. E' conhecido o episodio, verificado num bond de Botafogo, entre Ruy Barbosa e o grande jurisconsulto Barradas, que, de espírito formado sob os moldes imperiaes, exprimira o seu espanto por pretender o constitucionalista genial anullar, mediante acção, certos decretos do Marechal Floriano. Hoje, em villarejos do interior, modestos rabulas, pleiteiam as reformas das deliberações de Conselhos Municipaes. Por isso mesmo, se generalizou o estudo do Direito Constitucional outrora considerado inutil para os labutadores do fôro, tanto que a obra esplendida de Pimenta Bueno sobre a lei suprema da Monarchia, não logrou segunda edição²³⁰. (conforme o original)

²²⁷ Não havia nomenclatura uniforme para os tribunais. Nas primeiras constituições estaduais, adotaram o nome de Tribunal de Relação: Rio de Janeiro (art. 61, 1º), Ceará (art. 63, 1º), Sergipe (art. 37, "a") e Minas Gerais (art. 63, I); já o nome Superior Tribunal de Justiça foi escolhido por Parahyba do Norte (art. 45), Amazonas (art. 72), Paraná (art. 63, 1º), Santa Catarina (art. 47) e Maranhão (art. 60, 1º). Rio Grande do Sul optou apenas por Superior Tribunal (art. 50, I) e Espírito Santo, por Corte de Justiça (art. 73). Finalmente, Tribunal de Justiça foi o nome eleito por Piauí e São Paulo (arts. 55 e 45, respectivamente).

²²⁸ No caso de São Paulo, a Constituição de 1891 não abordou a justiça administrativa, ressaltando o já mencionado tribunal de conflitos [art. 64]. A Lei Estadual nº. 2.421, de 14 de janeiro de 1930, Código do Processo Civil e Comercial do Estado de São Paulo: a) dispensou os procuradores públicos de exibirem instrumento procuratório [art. 60]; b) isentou a Fazenda Pública de custas [art. 341]; c) organizou o executivo fiscal [arts. 778 a 783]; d) dispôs sobre o arrolamento e inventário atentando para o interesse fiscal [arts. 852, II, 859, III, 861, § 1º, III, 868, 876, 883, 896 e 898].

²²⁹ "A justiça como a organizaram os Estados, é má. Não tanto por que seja corrupta, mas principalmente porque é uma justiça fraca, sem força, nem moral nem material, para reagir contra a pressão por ella exercem as "machinas" partidarias locais. Póde-se dizer que só tres ou quatro Estados gozam dos beneficios de uma boa justiça; os dezesseis ou dezessete restantes padecem dos males de uma justiça dependente, inefficiente, mal paga, frequentemente facciosa, abandeirada aos mandões locais, como se vê na generalidade dos Estados septentrionaes. Mesmo em relação aos grandes Estados do Sul, como São Paulo, Minas ou Rio Grande, considerados de boa justiça, só encontro uma differença entre as duas magistraturas e as magistraturas dos Estados pequenos: é que, nos grandes Estados, a pressão da política partidaria sobre ellas se exerce de uma maneira discreta e quase invisivel, e nos pequenos, esta mesma pressão se exerce ás claras, ás escancaras, desabrida e ostensivamente. Mas, como quer que seja, dissimulada ou aberta, tanto nos pequenos como nos grandes Estados, tanto ao Sul como ao Norte, esta pressão sempre se fez sentir, criando estes tres typos de juizes: o juiz maleavel, que se accomoda e transige; o juiz timido, que se retrahe, omite; o juiz faccioso, que se faz instrumento dos partidos e fac-totum dos coroneis". VIANNA, Oliveira, in AZEVEDO, José Afonso de Mendonça (Org.). **Elaborando a Constituição Nacional: atas da Subcomissão elaboradora do Anteprojeto 1932/1933**. Brasília: Senado Federal, 2004. p. 413.

²³⁰ MAXIMILIANO, Carlos in AZEVEDO, José Afonso de Mendonça (Org.). **Elaborando a Constituição Nacional: atas da Subcomissão elaboradora do Anteprojeto 1932/1933**. Brasília: Senado Federal, 2004. p. 418.

Se os novos tempos avivaram o interesse prático pelo direito constitucional - e, por extensão do administrativo -, por outro lado, não tiveram força para implantar uma completa isonomia processual. Julgava-se compatível com a República tanto o juízo privativo da Fazenda Pública como "[...] uma forma particular, com que são processadas as suas causas [...]"²³¹. As prerrogativas processuais sobreviveram à queda da monarquia e só aumentavam²³².

O interesse público justificou a execução contra a Fazenda Pública sem penhora e prazos dilatados²³³. Não bastasse isso, havia suspeita de parcialidade dos magistrados. Rui Barbosa chamava-os de juízes "fazendeiros", isto é, sempre favoráveis ao Poder Público. Se fosse para fazer uso de presunções, prossegue o jurista, essas deveriam ser no sentido contrário, haja vista a corrupção, perseguições administrativas, políticas e policiais, demissão de funcionários indemissíveis, rasgando contratos solenes, consumando lesões de toda a ordem, onerando o tesouro²³⁴.

Sobre o movimento forense da época, vale citar estudo da Universidade Federal Fluminense que catalogou milhares de processos que tramitaram na Justiça Federal do Rio de Janeiro, entre 1890 e 1937. Concluiu-se que a demanda era intensa no início da República, rareando conforme as tendências ditatoriais do Governo iam se avolumando. Dentre as causas relacionadas, podem ser citadas: (i) a insurgência contra a cobrança de elevadas taxas para pilotos de barcas exercerem seu mister no Rio de Janeiro; (ii) a exigência de multas e o exercício do poder de polícia com intuito persecutório, contra puxadores de carrinho de mão [numa espécie de primitiva tutela jurisdicional coletiva]; (iii) o uso do *habeas corpus* para finalidades amplas, como assegurar o direito ao voto, obstar censura, garantir a permanência em cargos públicos, etc²³⁵.

Conquanto a pretensão declarada de colocar o Poder Público "dentro da legalidade" e até um certo otimismo inicial, a abrupta transição para a unidade de jurisdição não foi acompanhada de meios que assegurassem a efetiva independência do Judiciário, destacadamente quando a ação envolvesse a Administração. De modo geral, a enunciação

²³¹ Ibidem, p. 41.

²³² "Não se póde infelizmente dizer, que, no governo republicano, a fazenda ficasse colocada, de direito, no mesmo pé de igualdade que os particulares, quando litiga ou demanda em juízo, como fora de esperar. Ao contrário disso. Dia a dia, os seus privilégios crescem". VASCONCELLOS, José Mattos de, op. cit., p. 25.

²³³ Por exemplo, vide Decreto nº. 10.902, de 20 de maio de 1914: Art. 52. Nas causas que se moverem contra a União ou a Fazenda Nacional, os prazos e dilações concedidos ao procurador para responder, arrazoar ou dar provas serão o triplo do determinado em lei. Este prazo triplice será prorogado até 30 dias, a requerimento do procurador, caso seja necessário á defesa da União ou da Fazenda.

²³⁴ BARBOSA, Rui. **Oração aos moços**. 5. ed. Rio de Janeiro: Casa Rui Barbosa, 1999. p. 42.

²³⁵ SAMPAIO, Maria da Penha Franco; BRANCO, Maria do Socorro; LONGHI, Patrícia. **Autos da memória: a história brasileira no arquivo da Justiça Federal**. Rio de Janeiro: UFF, 2006. p. 164-166.

formal de direitos carecia de instrumentos para efetivá-los coativamente. Em suma, o administrador ainda se sobrepunha ao juiz.

3.3 Constituições de 1934, 1937, 1946 e 1967 em sua redação original

A Constituição de 1934 preservou a dualidade de magistraturas - estadual e federal -, institucionalizou os precatórios [art. 182] e, em seu art. 79, criou um tribunal especial com a seguinte competência:

Art 79 - É criado um Tribunal, cuja denominação e organização a lei estabelecerá, composto de Juízes, nomeados pelo Presidente da República, na forma e com os requisitos determinados no art. 74.

Parágrafo único - Competirá a esse Tribunal, nos termos que a lei estabelecer julgar privativa e definitivamente, salvo recurso voluntário para a Corte Suprema nas espécies que envolverem matéria constitucional:

1º) os recursos de atos e decisões definitivas do Poder Executivo, e das sentenças dos Juízes federais nos litígios em que a União for parte, contanto que uns e outros digam respeito ao funcionamento de serviços públicos, ou se rejam, no todo ou em parte, pelo Direito Administrativo;

2º) os litígios entre a União e os seus credores, derivados de contratos públicos.

A intenção, como se vê, era criar um tribunal especializado em matéria administrativa. A curta vigência da Constituição de 1934 não permitiu a instalação dessa corte, que sequer foi regulamentada²³⁶.

A Carta de 1937 extinguiu a Justiça Federal²³⁷. Naquele tempo, foram três as alternativas discutidas: (i) manter a Justiça Federal, aparelhando-a; (ii) federalizar todo o Judiciário, abolindo-o no nível estadual; (iii) unificá-lo no plano estadual, que foi a opção escolhida²³⁸.

²³⁶ O contencioso administrativo sequer foi mencionado nas atas da reunião da Subcomissão que elaborou o anteprojeto da Constituição de 1934, o que denota a consolidação da unidade jurisdicional. No mais, a Seção III do Anteprojeto previu como órgãos do Judiciário: a) o Supremo Tribunal, órgão de cúpula; b) Tribunal de Reclamações, com competência para julgar em grau de recurso matéria de interesse da Administração Federal; c) Tribunais da Relação, equivalentes aos Tribunais de Justiça atuais; d) juízes de Direito; e) juízes de Termo. AZEVEDO, José Afonso de Mendonça (Org.), op. cit, passim.

²³⁷ O Decreto-lei nº. 2.139, de 16 de novembro de 1937 aposentou seus servidores, ou colocou-os em disponibilidade e os processos, remanejados à Justiça Estadual. O grande volume de causas federais, em alguns estados-membros, levou à instalação de varas diferenciadas para a União, a exemplo de São Paulo.

²³⁸ NUNES, Castro José de. **Da fazenda pública em juízo**. 2 ed. São Paulo: Freitas Bastos, 1960. p. 248.

À época, a extinção foi comemorada como redução do gasto público²³⁹ e pode ser analisada por diversas óticas: Pontes de Miranda culpou as necessidades do realismo político, impostos pelo momento histórico delicado - vésperas da 2ª Guerra Mundial²⁴⁰; Aldir Passarinho pondera que a função primordial da Justiça Federal - controle da Administração Federal - era um obstáculo ao regime político de então, de modo que transferir sua competência ao judiciário estadual resolveria o problema, haja vista a maior porosidade daquele diante do governo central, por caber ao Presidente da República a nomeação dos interventores²⁴¹; noutra vertente, José Castro Meira imputa a abolição da Justiça Federal à sua completa falência em sua missão de controle da Administração Federal. Em suas palavras:

É oportuno observar que a Justiça Federal não sucumbiu apenas por mero capricho ou como resultado de uma decisão do Estado Autoritário que se instalava, sua extinção foi consequência de suas próprias deficiências. Dela tudo se criticava. Sua estrutura era imprestável. Era excessivamente lenta. As custas cobradas eram exorbitantes. Tudo isso dificultava em muito o acesso do cidadão ao Judiciário Federal. Além disso, os processualistas acentuavam que sua existência acarretava incerteza no ajuizamento das ações e contínuo aparecimento de conflitos. Disso se aproveitavam muitos advogados que conseguiam retardar o julgamento de feitos mediante a arguição de conflitos que deviam ser submetidos a julgamento pela Suprema Corte, logrando obter um retardamento na decisão dos processos, com sensível desgaste para o prestígio²⁴²

De todo modo, a extinção da Justiça Federal foi um retrocesso para quem buscava tutela judicial em face da Administração, considerando a precariedade e sobrecarga do judiciário estadual, desprotegido contra a hostilidade dos poderes políticos locais e federais²⁴³. No plano teórico, tendo em mente a presença de duas órbitas administrativas separadas, providas de órgãos executores próprios, não se afiguraria adequado atribuir aos juízes estaduais temas de interesse da União²⁴⁴.

Prosseguindo, na Constituição seguinte, a de 1946, criou-se o Tribunal Federal de Recursos, a instância recursal para processos contra e/ou de interesse da União e administração federal indireta, decididas em primeira instância pelos juízes de direito²⁴⁵.

²³⁹ Com a supressão da Justiça Federal e Eleitoral e das Câmaras Legislativas a economia que resulta para os cofres públicos. **Jornal do Brasil**, Brasília, 18 nov. 1937, p. 8.

²⁴⁰ MIRANDA, Pontes de. A nova Constituição. **Jornal do Brasil**, Brasília, 26 nov. 1937, p. 7.

²⁴¹ PASSARINHO JÚNIOR, Aldir Guimarães. Seria incômoda em 1937 a Justiça Federal. **Revista do Tribunal Regional Federal da 1ª Região**, Brasília, v. 19, nº 5, mai. 2007.

²⁴² MEIRA, José de Castro. Criação dos TRF's: estrutura e sua representação hoje. **Revista CEJRN**, v. 1, nº 1, jul. 1994, p. 154.

²⁴³ NUNES, José de Castro. **Teoria e prática do poder judiciário**. Rio de Janeiro: Forense, 1943. p. 62-63.

²⁴⁴ NUNES, José de Castro. **Da fazenda pública em juízo**, op. cit., p. 250.

²⁴⁵ Art 104 - Compete ao Tribunal Federal de Recursos:

I - processar e julgar originariamente:

a) as ações rescisórias de seus acórdãos;

Finalmente, o Ato Institucional nº 2/1965 restaurou a Justiça Federal, que voltou a ter assento constitucional nos artigos 116 a 119 da Constituição de 1967, sendo composta em primeira instância pelos juízes federais e em segunda, pelo Tribunal Federal de Recursos. O Judiciário estadual permaneceu sem modificações, ressalvada a perda da jurisdição federal delegada onde houvesse vara federal.

3.4 Emendas e projetos de emenda à Constituição de 1967

Em vigor desde a República, a unidade de jurisdição consolidou-se no país, não havendo sinais de um possível retrocesso²⁴⁶. Mas, no fim dos anos sessenta do século passado, a Emenda Constitucional nº. 01/69, surpreendentemente, fundou um autodenominado contencioso administrativo. A conferir:

Art. 110. Os litígios decorrentes das relações de trabalho dos servidores com a União, inclusive as autarquias e as empresas públicas federais, qualquer que seja o seu regime jurídico, processar-se-ão e julgar-se-ão perante os juízes federais, devendo ser interposto recurso, se couber, para o Tribunal Federal de Recursos.

Art. 111. A lei poderá criar contencioso administrativo e atribuir-lhe competência para o julgamento das causas mencionadas no artigo anterior.

A verdadeira intenção do art. 111, elucida José Cretella Júnior, era criar uma vara especializada que, por impropriedade técnica, recebeu o título de contencioso administrativo. Sinal disso seria o cabimento de recurso ao Tribunal Federal de Recursos. Seria “uma aberração jurídica, indefensável – um meio contencioso, um contencioso trabalhista federal, um fôro privilegiado, uma justiça de exceção, sempre, afinal, dependente do Poder

b) os mandados de segurança, quando a autoridade coatora for Ministro de Estado, o próprio Tribunal ou o seu Presidente;

II - julgar em grau de recurso:

a) as causas decididas em primeira instância, quando a União for interessada como autora, ré, assistente ou oponente, exceto as de falência; ou quando se tratar de crimes praticados em detrimento de bens, serviços ou interesses da União, ressalvada a competência da Justiça Eleitoral e a da Justiça Militar;

b) as decisões de Juízes locais, denegatórias de *habeas corpus*, e as proferidas em mandados de segurança, se federal a autoridade apontada como coatora;

²⁴⁶ Os defensores do contencioso administrativo rarearam após a Proclamação da República. Astolpho Rezende, em artigo, após narrar os diversos problemas na instância administrativa, no qual o particular é “um inimigo que é preciso esmagar”, defendia “[...] tribunais especiais para repressão dos abusos da administração prejuízo das atribuições outorgadas ao Poder Judiciário”. Mas, o que tal articulista pretendia era o fortalecimento da instância administrativa, com obediência ao devido processo legal e não o contencioso administrativo em si. RESENDE, Astolpho. Necessidade da criação do contencioso administrativo. **Revista Forense**, Belo Horizonte, v. 60, n. 355, p. 303-310, jan. 1933. Semestral.

Judiciário”²⁴⁷. Idêntica foi a conclusão da Comissão de Estudos do Contencioso Administrativo, instituída pelo governo de então:

10º) O instituto previsto no art. 111 da Emenda, denominado impropriamente de contencioso administrativo, nada mais seria do que uma Justiça Administrativa Trabalhista subordinada ao Poder Judiciário, a quem caberia resolver os litígios decorrentes da relação de emprego na órbita federal, sendo partes da relação processual, de um lado, a União, ou autarquia federal, ou empresa pública federal, de outro lado, o servidor vinculado a uma dessas entidades²⁴⁸.

Mas o intento reformista persistiu. Em 17 de novembro de 1976, foi apresentada a Proposta de Emenda Constitucional nº. 29, com o objetivo declarado de minimizar o excesso de processos previdenciários e tributários. A exposição de motivos dizia não ambicionar instalar no país um contencioso administrativo nos moldes franceses. Segue a parte relevante:

27. Uma das medidas sugeridas para desafogar a Justiça Federal e que também poderá, com o mesmo objetivo, ser acolhida pelos Estados, diz respeito à criação de contencioso administrativo para questões de pessoal, previdenciárias e tributárias.

28. Nos artigos 111 e 203, previu o Projeto a possibilidade de constituição desses órgãos, sem prejuízo da garantia constante do artigo 153, § 4º, da Constituição [acesso ao Judiciário].

29. Não é possível pensar na aceitação de sistema de contencioso sob a forma de verdadeira justiça administrativa, porque não só se fundamenta em circunstâncias peculiares aos países que o adotam, como também sua prática no Brasil exigiria organismo extremamente complexo, no qual se inseriria a criação de órgão semelhante ao Conselho de Estado e a de um Tribunal de Conflitos, tal como na França, para dirimir as questões de competência que inevitavelmente surgem entre o contencioso administrativo e o Poder Judiciário.

30. Entre nós, o sistema deverá obedecer tão-somente ao princípio do exaurimento da instância administrativa, pois não se justifica possa alguém ingressar em juízo contra o Poder Público, sem que antes, reclamando perante ele, tenha indeferida a pretensão.

31. Com semelhante sistemática, desde que adequadamente constituídos os órgãos do contencioso administrativo, grande número de litígios não chegará ao Judiciário²⁴⁹.

As linhas gerais da Proposta de Emenda Constitucional nº. 29/76 compreendiam:

- a limitação do acesso ao Judiciário, que só seria possível depois do exaurimento da via administrativa ou na hipótese de omissão em decidir, dentro do prazo de cento e oitenta dias [art. 153, § 4º];

²⁴⁷ O autor afirma que não haveria problema se o constituinte tivesse dito: “A lei poderá criar varas especiais, ao lado das varas federais, e atribuir-lhes competência para o julgamento das causas do artigo anterior, cabendo recurso para o Tribunal Federal de Recursos”. CRETELLA JÚNIOR, José. O contencioso administrativo na Constituição de 1969. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n. 104, p.29-48, 1971.

²⁴⁸ CRETELLA JÚNIOR, José. O contencioso administrativo na Constituição Brasileira. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n. 104, p. 47-48, 1971.

²⁴⁹ BRASIL. Mensagem nº 81, de 1976 (CN) (Nº 347/76, na origem). **Diário do Congresso Nacional**, Presidência da República, Brasília, DF, 17 nov. 1976, p. 2893.

- instalação de contencioso administrativo estadual e federal, de composição colegiada, para matérias fiscais e previdenciárias, sem poder jurisdicional - repete-se, então, o uso atécnico da locução [art. 203];

- da decisão oriunda desse contencioso administrativo - ou melhor, instância administrativa -, caberia recurso diretamente à segunda instância, no caso, o Tribunal Federal de Recursos [art. 122, III, 203 e 204].

A Proposta de Emenda Constitucional nº. 29/76 foi rejeitada pelo Congresso Nacional em março de 1976, mas sua essência foi incorporada à Emenda Constitucional nº. 7/77.

O art. 205 da Constituição ordenou que litígios entre a União, estados-membros, Distrito Federal, municípios e respectivas autarquias, empresas públicas e sociedades de economia mista, ou entre umas e outras, seriam julgadas pela autoridade administrativa, na forma da lei²⁵⁰. Segundo Celso Bastos, tratar-se-ia de sintoma do processo de centralização administrativa, e não de verdadeira atividade jurisdicional. É que a decisão proferida seria um ato administrativo como outro qualquer, com a particularidade de não poder ser judicialmente impugnado pela entidade descentralizada envolvida no ato, o que não impediria o ataque jurisdicional por qualquer pessoa que tenha seus direitos lesados²⁵¹. Em sentido oposto, parecer da Consultoria Geral da República concluiu que o art. 205 era autoaplicável, cabendo ao Presidente da República decidir o caso, decisão esta que faria coisa julgada²⁵².

A interpretação que vingou restou sumulada pelo Tribunal Federal de Recursos, no enunciado nº. 102, segundo o qual "[a] regra inscrita no artigo 205 da Constituição, com redação da Emenda Constitucional nº. 7, de 1977, não é de aplicabilidade imediata, porque

²⁵⁰ Trata-se de ideia precursora da atual Câmara de Conciliação e Arbitragem da Administração Federal - CCAF, órgão da Consultoria-Geral da União, foi criada pelo Ato Regimental nº 05, de 27 de setembro de 2007, e tem sua forma de atuação regulamentada pela Portaria AGU nº 1.281, de 27 de setembro de 2007, cujo objetivo principal é evitar litígios entre órgãos e entidades da Administração Federal. Com a edição da Portaria AGU nº 1.099, de 28 de julho de 2008, as controvérsias de natureza jurídica entre a Administração Pública Federal e a Administração Pública dos Estados ou do Distrito Federal também são matérias de competência da CCAF. BRASIL. **Câmara de Conciliação e Arbitragem da Administração Federal - CCAF**: cartilha. 2. ed. Brasília: AGU, 2008, p. 5.

²⁵¹ BASTOS, Celso Seixas Ribeiro. Contencioso administrativo. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 14, n. 4, p. 194-195, 1979.

²⁵² Por todo o exposto, resulta que o Presidente da República é competente, em sede de jurisdição própria e na condição de autoridade administrativa por excelência, para decidir, desde logo, as questões entre a União e respectivas autarquias, empresas públicas e sociedades de economia mista, ou entre umas e outras. Em se tratando de verdadeiro e pleno contencioso, interadministrativo, a decisão da autoridade tem efeito de coisa julgada como específica manifestação jurisdicional, terminativa, obrigatoriamente e imutável, insuscetível de apreciação pelo Poder Judiciário, salvo a declaração judicial de sua nulidade, em juízo de cassação, mediante ação intentada por acionista minoritário de sociedade de economia mista, quando esta for parte e sucumbente. MAYER, Luiz Rafael. Contencioso internadministrativo. **Revista de Direito Público**, São Paulo, v. 42, n. 41, p. 118-126, 1977.

dependente de lei regulamentadora". Alguns projetos regulamentares chegaram a ser cogitados, notadamente na esfera tributária, sem finalização²⁵³.

A derradeira grande investida a favor de um pretensão *contencioso administrativo* adveio com o Projeto de Emenda Constitucional nº. 11/84. O intento era o mesmo: melhorar o funcionamento insatisfatório do Judiciário. Lê-se na mensagem de encaminhando da proposta:

No que se refere ao Poder Judiciário, além da apontada preservação de competência da Suprema Corte, considera-se necessário optar por novos caminhos tendentes ao tão reclamado desafogo dos serviços da Justiça. Nessa ordem de idéias, duas medidas complementares pareceram aconselháveis: a instituição de um Contencioso Administrativo, dotado de jurisdição especial; e o fortalecimento das decisões dos juízes arbitrais, sem prejuízo, porém, da contestação pela Justiça comum em matéria de natureza constitucional, ou toda vez que as decisões forem impugnáveis mediante ação rescisória, nos termos da legislação processual civil. Espera-se que, com essas duas providências, haverá natural redução no número de feitos desde logo submetidos aos órgãos jurisdicionais comuns²⁵⁴.

Em síntese:

- o acesso ao Judiciário seria excepcionado pelo contencioso administrativo, juízo arbitral e exaurimento das vias administrativas, desde que não exigida garantia de instância, nem ultrapassado o prazo de cento e oitenta dias para decisão administrativa do requerimento [art. 153, § 4º]²⁵⁵;
- retiraria, do então vigente art. 203, os termos “sem poder jurisdicional”, tornando explícito o caráter jurisdicional de tais decisões²⁵⁶;
- o novo art. 204 permitiria que a parte vencida na instância administrativa ou em juízo arbitral recorresse diretamente ao Tribunal competente, inclusive, via ação rescisória, o que reforçava o caráter jurisdicional²⁵⁷.

Foram muitas as críticas a tal projeto. Dizia-se, com razão, que minorava a proteção do cidadão e criava mais um órgão disfuncional na Administração, ao invés de se

²⁵³ Sobre um dos projetos, vide CANTO, Gilberto de Ulhôa; ATALIBA, Geraldo; MELLO, Gustavo Miguez de. **Anteprojeto de lei sobre contencioso administrativo fiscal da União**. Rio de Janeiro: [s.n.], [1978?]. 50 p.

²⁵⁴ BRASIL. Mensagem nº 35, de 1984-CN (Nº 100/84, na origem). **Diário do Congresso Nacional**, Presidência da República, Brasília, DF, 25 abr. 1984, p. 704.

²⁵⁵ Art. 153, § 4º. Salvo as submetidas a decisão de contencioso administrativo ou de juízo arbitral do Poder Judiciário qualquer lesão de direito individual. O ingresso em juízo poderá ser condicionado a que se esgotem previamente as vias administrativas, desde que não exigida garantia de instância, nem ultrapassado o prazo de cento e oitenta dias para a decisão sobre o pedido.

²⁵⁶ Art. 203. Poderão ser criados contenciosos administrativos federais e estaduais, para a decisão de questões fiscais e previdenciárias, inclusive relativas a acidentes de trabalho, aplicando-se aos Estados, no que couber, o disposto no art. 111 [art. 153, § 4º].

²⁵⁷ Art. 204. A parte vencida na instância administrativa (arts. 111 e 203), bem como em juízo arbitral, poderá recorrer ao Tribunal competente, na forma da lei, tão-somente para dirimir questões de natureza constitucional, ressalvado o direito de promover ação rescisória.

fornecer meios materiais para funcionamento do Judiciário, pura e simplesmente²⁵⁸. Sobre isso, Rubens Ferraz de Oliveira Lima argumentou que:

O Brasil precisa assumir a sua pobreza. Não há o menor sentido em permitir-se a criação de outros órgãos para a solução de litígios quando sequer se conseguiu aparelhar bem os já existentes, muitos dos quais com mais de um século de vida. E não se pode esquecer uma noção prática básica: um contencioso administrativo que concretamente busca impedir o acesso ao Poder Judiciário, exerce prestação jurisdicional e o que é mais grave, sem que os seus julgadores tenham as prerrogativas constitucionais dos juízes, isto é, vitaliciedade, inamovibilidade e irredutibilidade de vencimentos²⁵⁹.

Por força da reação generalizada tanto da doutrina e dos integrantes do Tribunal Federal de Recursos, a proposta foi retirada pelo Executivo²⁶⁰. Outras, com a mesma temática, ainda seriam apresentadas nos anos que precederam à Constituição de 1988, mas com menor repercussão²⁶¹.

Em suma, a restauração, ou melhor, implantação de uma versão do *contencioso administrativo* via emenda constitucional, por não ser autoaplicável e pela resistência de diferentes setores, não logrou resultados práticos.

3.5 Trabalhos preparatórios à Constituição de 1988

O Anteprojeto da Comissão Provisória de Estudos Constitucionais, instituída pelo Decreto nº 91.450, de 18 de julho de 1985 - Comissão Afonso Arinos -, conservava a unidade de jurisdição ao mencionar que "[a] lei não poderá excluir da apreciação do Poder Judiciário

²⁵⁸ BARACHO, José Alfredo de Oliveira. Contencioso administrativo. **Revista Forense**, Belo Horizonte, v. 288, p. 44, 1984.

²⁵⁹ LIMA, Rubens Ferraz de Oliveira. Emenda Constitucional e o Poder Judiciário. **O Estado de São Paulo**, São Paulo, 24 jun. 1984. Tribunais, p. 43.

²⁶⁰ A Mensagem nº. 69 retirou a PEC, mas, em suas razões, nada falou sobre o contencioso administrativo. BRASIL. Mensagem nº 69, de 1984-CN (nº 209/84, na origem). **Diário do Congresso Nacional**, Presidência da República, Brasília, DF, 29 jun. 1984, p. 1624.

²⁶¹ Uma delas, de autoria de Miguel Reale, voltava-se à Justiça Tributária, que seria composta por um colegiado integrado por um representante do fisco, outro dos contribuintes e presidida por um juiz togado. Os recursos seriam direcionados diretamente ao Tribunal Federal de Recursos. A proposta reduzia as competências do Supremo Tribunal Federal, convertendo-o em uma Corte quase exclusivamente constitucional. Prevvia-se um Superior Tribunal de Justiça e Tribunais Regionais Federais. REALE, Miguel. Reforma do Poder Judiciário. **O Estado de São Paulo**, São Paulo, 8 dez. 1985. Tribunais, p. 69.

qualquer lesão de direito" [art. 15]. A proposta permitia a especialização de unidades jurisdicionais, a exemplo das varas federais de Justiça Tributária [art. 290]²⁶².

Na Assembleia Constituinte era unânime a insatisfação com o Judiciário, mas, a princípio, não havia consenso sobre o que fazer. Primeiro, sugeriu-se tribunais administrativos para questões fiscais, previdenciárias e de servidores públicos, com acesso revisional ao Judiciário²⁶³. Mantendo o que já existia, o Deputado Constituinte Jofran Frejat propôs um "contenciosos administrativos", sem poder jurisdicional, em âmbito federal e estadual, para o fim de decidir em até cento e oitenta dias, questões fiscais, previdenciárias e relativas a acidente do trabalho, sem prejuízo de recurso ao Poder Judiciário²⁶⁴.

Conforme os debates prosseguiram, foi se formando uma maioria contra o que se entendia por contencioso administrativo, àquela altura. Os motivos foram resumidos pelo Deputado Constituinte José Santana:

Ainda, dentro do Capítulo da Administração Pública não advogo a instituição do chamado Contencioso Administrativo. Não temos tradição da chamada Justiça Administrativa, além do grande movimento nacional que surgiu quando se pretendeu alterar a Emenda nº 1/69 para instalá-lo. Tudo leva a crer que a população brasileira ainda não confia em que a Administração Pública se julgue a si própria, com imparcialidade²⁶⁵.

Firmada a premissa de que se deveria manter a unidade de jurisdição, veio o impasse de como organizar os diversos ramos do Judiciário. O Deputado Constituinte Oswaldo Trevisan propôs a unificação do Judiciário, pondo a termo as diferentes "justiças", providência que, no seu entender, facilitaria o acesso da população²⁶⁶.

No extremo oposto, o então Ministro do Tribunal Federal de Recursos Carlos Mário da Silva Velloso sugeriu a instituição não de um, mas de três Tribunais Superiores: o Tribunal Superior de Direito Público, o Tribunal Superior de Direito Privado e o Tribunal Superior de Direito Penal, cada um como órgão de cúpula de um ramo judiciário

²⁶²BRASIL. Anteprojeto Constitucional. **Diário Oficial da União**, Presidência da República, Brasília, DF, 26 set. 1986. Suplemento Oficial ao nº. 185.

²⁶³ Idem. Assembleia Nacional Constituinte. Comissão da Organização e sistema de Governo. Subcomissão do Poder Judiciário e do Ministério Público. **Ata da reunião para eleição do Presidente e Vice-Presidente - notas taquigráficas**. Brasília, DF, 7 abr 1987, p. 141.

²⁶⁴ Idem. Ata da 43ª Sessão da Assembleia Nacional Constituinte. **Diário da Assembleia Nacional Constituinte**, Brasília, DF, 2 abr. 1987, p. 530-531.

²⁶⁵ Idem. Ata da 29ª Sessão da Assembleia Nacional Constituinte. **Diário da Assembleia Nacional Constituinte**, Brasília, DF, 10 mar. 1987, p. 270.

²⁶⁶ Idem. Ata da 200ª Sessão da Assembleia Nacional Constituinte. **Diário da Assembleia Nacional Constituinte**, Brasília, DF, 12 fev. 1988, p. 477-478.

especializado. A inspiração vinha da Alemanha Ocidental²⁶⁷. Era o chamado sistema misto ou alemão de justiça administrativa²⁶⁸.

Em conclusão, a Assembleia Constituinte aderiu a um desenho conservador do Judiciário. Previu remédios constitucionais específicos para tutela da Administração, a exemplo do mandado de segurança, *habeas data*, *habeas corpus*, ação civil pública e popular. Manteve a dualidade de magistraturas - federal e estadual - , preservou a estrutura básica da Justiça Estadual, criou os Tribunais Regionais Federais e o Superior Tribunal de Justiça. Em contrapartida, extinguiu o Tribunal Federal de Recursos e qualquer referência ao contencioso administrativo, consagrando, por fim, que "a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito" [art. 5º, XXXV da Constituição de 1988]²⁶⁹.

²⁶⁷ BRASIL. Ata da 139ª Sessão da Assembleia Nacional Constituinte. **Diário da Assembleia Nacional Constituinte**, Brasília, DF, 17 ago. 1987, p. 335-336.

²⁶⁸ Para maiores informações, conferir o item 2.4 desta.

²⁶⁹ O tema será abordado no próximo capítulo.

4 A ATUAL JUSTIÇA ADMINISTRATIVA BRASILEIRA

4.1 Aspectos gerais²⁷⁰

O Brasil rejeitou o contencioso administrativo. Como também não especializou parte do Judiciário em litígios administrativos, o que se tem em vigor é a unidade jurisdicional ou judiciarista, basicamente o mesmo desde o princípio da República.

Do sistema inglês, no qual o reconhecimento do direito administrativo é mais recente, colheu-se a organização jurisdicional una e do francês, retirou-se as bases do direito administrativo, deixando de lado o contencioso administrativo. Essa união improvável causa estranheza em juristas estrangeiros. Confira-se a opinião de Sérvulo Correia acerca do sistema brasileiro:

A permanência de uma tal conjugação, desde há pelo menos cento e vinte anos, intriga o jurista europeu e desafia-o à busca de razões explicativas, porventura prenunciadoras de pontos de convergência para os quais tende hoje a evolução dos sistemas do Velho Continente a partir das antagônicas matrizes do contencioso do *excès de pouvoir* e dos *prerogative writes*. O Direito Administrativo do Brasil proporciona-nos, portanto, um panorama aliciente, feito da conjugação entre, por um lado, um ordenamento material ou substantivo assente em formas estatutárias de conduta em cujo perímetro avultam o acto administrativo e o contrato administrativo e, por outro lado, um ordenamento processual caracterizado pelo deferimento aos tribunais comuns da jurisdição sobre os litígios jurídico-administrativos, pela coexistência, no desempenho desta, entre meios comuns do processo civil e meios processuais específicos e, ainda, pela titularidade pelo juiz, nuns como nos outros, da genérica competência de condenar a Administração nas condutas activas ou omissivas devidas sempre que esta a isso se dê pretexto ao entrar ou ameaçar entrar em situações de ilegalidade²⁷¹.

²⁷⁰ Pertinente relembrar alguns conceitos anteriormente expostos. Considera-se justiça administrativa a estrutura destinada a resolver definitivamente, fazendo coisa julgada, os litígios envolvendo a Administração Pública. Estruturalmente, foram apontados três modelos de justiça administrativa: (i) sistema do contencioso francês, de dualidade de jurisdição, jurisdição dupla ou contencioso administrativo: há uma ordem jurisdicional organicamente ligada ao Executivo, mas dotada de autonomia e tribunais próprios, diferenciados das demais autoridades administrativas; (ii) sistema de jurisdição una, inglês, anglo-americano ou judiciarista: tribunais judiciais comuns apreciam litígios civis e administrativos, não obstante possa existir uma especialização parcial, a exemplo de varas, câmaras ou turmas; (iii) sistema misto ou alemão: notabiliza-se pela especialização de um ramo do Judiciário em matéria administrativa, com instâncias independentes, ressalvada a competência de uma Corte ou Tribunal Constitucional.

²⁷¹ CORREIA, Sérvulo, op. cit., p. 196.

Com efeito, a situação brasileira atesta que a união indissociável entre regime jurídico diferenciado e contencioso administrativo, referida por Dicey, é falsa²⁷². Ambos podem existir e se desenvolver separadamente, isto é, o direito administrativo não tem sua subsistência atrelada ao modelo de justiça administrativa escolhido, seja ele judiciarista ou não.

Em termos de organização interna, à exceção da Justiça Militar da União, cuja competência é exclusivamente criminal [art. 124 da Constituição da República], todos os demais ramos do Judiciário julgam, em alguma medida, lides envolvendo a Administração²⁷³.

Melhor explicando, dentre as chamadas justiças especiais: (i) a Justiça Militar Estadual, onde existente, julga ações contra atos disciplinares da Administração castrense [art. 125, § 4º da Constituição da República]; (ii) a Justiça do Trabalho aprecia penalidades administrativas impostas aos empregadores pelos órgãos de fiscalização trabalhistas [art. 114, VII]; (iii) finalmente, a Justiça Eleitoral, por sua configuração singular, envolvendo o planejamento e execução das eleições, também julga, em alguma medida, questões administrativas.

Indiscutivelmente, a maior parte dos litígios administrativos são apreciados pelas Justiças comuns Federal e Estadual, cuja participação do setor público é de 77% e 31%, respectivamente²⁷⁴. Na Justiça Federal julgam-se processos nos quais há interesse de algum ente federal, seja na posição de autor, réu, assistente ou oponente, exceto as causas falimentares e de acidente de trabalho - competência em razão da pessoa [art. 109, I da Constituição]. A competência da Justiça Estadual, por sua vez, absorve todo o restante. Internamente, há varas privativas dos feitos da Fazenda e Juizados Especiais da Fazenda Pública, e nos tribunais de justiça, turmas ou câmaras dedicadas ao direito público.

No Superior Tribunal de Justiça, é a 1ª Seção, composta pelas 1ª e 2ª turmas, a responsável pelos litígios de direito público²⁷⁵; no Supremo Tribunal Federal não há especialização alguma.

²⁷² DICEY, Albert Venn, op. cit., p. 339-340.

²⁷³ Deve-se ressaltar que o tema não se limita à jurisdição cível. Em sede de ação penal, não são poucas as possibilidades de apreciação incidental de temas de direito administrativo, a bem de aplicação da sanção penal. Conquanto Seabra Fagundes lhe atribua um efeito meramente punitivo, por não cancelar ou reparar as consequências do delito, as mais recentes reformas no Código de Processo Penal têm se preocupado com a posição da vítima na persecução penal, sendo hoje, inclusive, obrigatória a fixação em sentença de indenização à vítima, que no caso de crimes contra a Administração é ela própria [Código de Processo Penal, art. 387, IV]. FAGUNDES, Miguel Seabra, op. cit., p. 195.

²⁷⁴ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Os cem maiores litigantes**. Brasília, mar. 2011. Disponível em: <www.cnj.jus.br>. Acesso em: 10 jun. 2012.

²⁷⁵ Consoante art. 9º, § 1º do Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça, tais matérias são as seguintes: I - licitações e contratos administrativos; II - nulidade ou anulabilidade de atos administrativos; III - ensino

A despeito da unidade de jurisdição, há diversos encargos tipicamente administrativos que são deixados aos cuidados do Judiciário. Exemplificadamente:

- os conflitos de atribuição entre Ministério Público Federal e Estadual, em matéria extrajudicial, são decididos por órgão jurisdicional e não administrativo. Cabe ao Supremo Tribunal Federal julgá-los [art. 102, I, "f" da Constituição - conflito federativo]²⁷⁶;

- os serviços notariais e de registro, embora dotados de natureza técnico-administrativos, quem fiscaliza e seleciona via concurso os delegados, é o Poder Judiciário [art. 236 da Constituição e art. 1º da Lei 8.935/94];

- o serviço eleitoral, englobando alistamento, registro de candidaturas, votação e apuração, atividades materialmente administrativas, são executados pela Justiça Eleitoral [Lei nº. 4737/65 - Código Eleitoral];

- o pagamento de precatórios e requisições de pequeno valor, cujos valores são consignados ao Judiciário, são atividades administrativas e, por isso, não sujeitas ao recurso extraordinário [Súmulas 311 do Superior Tribunal de Justiça e 733 do Supremo Tribunal Federal];

- o art. 103-A, § 3º da Constituição estatui reclamação direta ao Supremo Tribunal Federal na hipótese de decisão judicial ou administrativa contrariar enunciado de súmula vinculante, negar-lhe vigência ou aplicá-la indevidamente. O art. 64-B da Lei 9.784/99 determina que, acolhida a reclamação pelo Supremo Tribunal Federal, dar-se-á ciência à autoridade administrativa para que profira nova decisão, sob pena de responsabilização. Segundo Maria Sylvia Zanella Di Pietro, a natureza jurídica dessa reclamação é a de recurso hierárquico, colocando o Supremo Tribunal Federal como instância final das vias administrativas²⁷⁷.

Outra decorrência da unidade de jurisdição é que juízes e tribunais não desempenham funções consultivas²⁷⁸, ao contrário do que ocorre no contencioso administrativo. As atividades de consultoria e assessoramento são desempenhadas por órgãos do próprio Executivo, como a advocacia pública [art. 131 da Constituição da República] e,

superior; IV - inscrição e exercício profissionais; V - direito sindical; VI - nacionalidade; VII - desapropriação, inclusive a indireta; VIII - responsabilidade civil do Estado; IX - tributos de modo geral, impostos, taxas, contribuições e empréstimos compulsórios; X - preços públicos e multas de qualquer natureza; XI - servidores públicos civis e militares; XII - habeas corpus referentes às matérias de sua competência; XIII - benefícios previdenciários, inclusive os decorrentes de acidentes do trabalho; XIV - direito público em geral.

²⁷⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Petição nº. 3528-3/BA**, Pleno. Relator: Ministro Marco Aurélio. Brasília, 28 de setembro de 2005. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em 20 jul. 2013.

²⁷⁷ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella, op. cit., p. 745-746.

²⁷⁸ Excetuada as consultas eleitorais [art. 23, XII e 30, VIII do Código Eleitoral].

mais raramente, por órgãos como o Conselho da República e de Defesa, de competência limitada²⁷⁹.

Em suma, há justiça administrativa no Brasil tanto no sentido formal [organizada pela unidade de jurisdição] como material [litígios fundados em direito administrativo]²⁸⁰.

4.2 O acesso à justiça administrativa

Mauro Cappelletti e Garth Bryant prelecionam que o acesso à justiça precisa ser encarado como o requisito fundamental, o mais básico dos direitos de um sistema jurídico moderno e igualitário que pretenda garantir e não apenas proclamar os direitos a todos²⁸¹. Essa preocupação, com a efetivação dos direitos, é exibida também por Cândido Rangel Dinamarco, ao expor que a garantia constitucional do direito de ação seria inoperante se não houvesse o tratamento adequado aos conflitos, de modo a tornar possível um julgamento de fundo, com igualdade e participação das partes. E prossegue:

Só tem acesso à ordem jurídica quem recebe justiça. E receber justiça significa ser admitido em juízo, poder participar, contar com a participação adequada do juiz e, ao fim, receber um provimento jurisdicional consentâneo com os valores da sociedade. Tais são os contornos do processo justo, ou processo équo, que é composto pela efetividade de um mínimo de garantias de meios e de resultados²⁸².

Além dos obstáculos inerentes ao acesso à justiça em geral²⁸³, devem ser listados outros, singulares à justiça administrativa. São eles: (i) as pretensões admissíveis; (ii) a necessidade de prévio requerimento ou exaurimento da via administrativa; (iii) as prerrogativas processuais da Fazenda Pública. É desses três itens que se ocupa a seguir.

²⁷⁹ O Conselho da República nunca se reuniu; o da República, foi convocado apenas seis vezes. MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. 4. ed. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 972-973.

²⁸⁰ GUALAZZI, Eduardo Lobo Botelho. **Justiça administrativa**, op. cit., p. 25.

²⁸¹ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Porto Alegre: Fabris, 2002. p. 9. Tradução de: Ellen Gracie Northfleet.

²⁸² DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil**, op. cit., p. 134.

²⁸³ Mauro Cappelletti e Garth Bryant relacionam os seguintes: (i) custas judiciais, aqui relacionado-se os ônus gerais do processo como custas, honorários advocatícios, os quais são maximizados pela morosidade do processo; (ii) possibilidade das partes, aqui entendida como a posse de recursos financeiros para custear o processo, aptidão para reconhecer um direito ou propor uma defesa, quadro maximizado pelas vantagens que um litigante habitual tem em relação aos eventuais; (iii) por fim, os problemas com o tratamento dos interesses difusos. CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant, op. cit., p. 15-30.

4.2.1 Pretensões admissíveis

O princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional, estatuído no art. 5º, XXXV da Constituição, ordena que as pretensões sejam aceitas em juízo, processadas e julgadas com efetividade²⁸⁴. Com conteúdo similar, o art. 25, 1 da Convenção Americana de Direitos Humanos, enuncia que toda pessoa tem direito a um recurso simples e rápido ou a qualquer outro recurso efetivo, perante os juízes ou tribunais competentes, que a proteja contra atos que violem seus direitos fundamentais reconhecidos pela Constituição, pela lei ou pela mencionada Convenção, mesmo quando tal violação seja cometida por pessoas no exercício de funções oficiais.

A tendência de ampliação do controle jurisdicional da Administração, lembra Odete Medauar, precede à Constituição de 1988, muito provavelmente pela desconfiança da população geral em relação à Administração e suas notórias deficiências quando se fala em assegurar direitos. Em suas palavras,

Com efeito, a Constituição de 1988 está impregnada de um espírito geral de priorização de direitos e garantias ante o Poder Público. Uma das decorrências desse espírito vislumbra-se na indicação de mais parâmetros para a atuação, mesmo discricionária, da Administração, tais como o princípio da moralidade e o princípio da impessoalidade. [...] Hoje, indubitavelmente, no ordenamento pátrio, a legalidade administrativa assenta em bases mais amplas do que no passado, e, por conseguinte, há respaldo constitucional para um controle jurisdicional mais amplo sobre a atividade da Administração, como coroamento de uma evolução já verificada na doutrina e jurisprudência antes de outubro de 1988²⁸⁵.

Ao contrário das Constituições de 1934 e 1937, que vedavam ao Judiciário conhecer questões exclusivamente políticas [arts. 68 e 94, respectivamente], a atual não carrega proibições semelhantes. Isso, aliado à extensa base principiológica constante no art. 37, "caput" da Constituição, elevou - e muito - as possibilidades de controle jurisdicional.

Assim, são admissíveis pretensões declaratórias, constitutivas, condenatórias, mandamentais ou executivas em sentido amplo. As limitações como as alusivas aos atos políticos ou *interna corporis*, devem-se ao direito material e não à escassez de mecanismos processuais aptos a instrumentalizá-las.

Essa admissibilidade ampla de pretensões está de acordo com o que recomenda o Código Modelo de Processos Administrativos – Judicial e Extrajudicial – para Ibero-América:

²⁸⁴ DINARMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil**, op. cit., p. 218.

²⁸⁵ MEDAUAR, Odete. **Controle da Administração Pública**, op. cit., p. 213-214.

Art. 24. (Pretensões admissíveis)

No exercício do controle judicial das atuações da Administração, poderão formular-se pretensões declaratórias, de impugnação de normas e de atos, de impugnação e de revisão da atividade contratual, de condenação (dar, fazer e não fazer) e reparatorias. Parágrafo único. O Estado deverá ressarcir-se contra o funcionário que, com sua conduta dolosa ou gravemente culposa, haja dado causa ao pagamento de quantia produto de uma condenação ou de outro mecanismo adequado de solução de conflitos²⁸⁶.

Dentre os propósitos da justiça administrativa no Brasil, a Constituição de 1988 deu ênfase à tutela dos direitos subjetivos, via ações específicas [mandado de segurança, mandado de injunção, *habeas data*, etc]. A finalidade objetiva - fiscalização da juridicidade da ação administrativa - também teve seu espaço ao ampliar as hipóteses de cabimento da ação popular²⁸⁷ e no reforço à ação civil pública.

4.2.2 Exaurimento e prévio requerimento administrativo

O exaurimento da via administrativa, isto é, percorrer todas as instâncias extrajudiciais possíveis como pré-requisito para acessar o Judiciário, é uma ideia antiga. Lembra José Cretella Júnior que o antigo Estatuto dos Funcionários Públicos Civis da União [Decreto-lei nº. 1.713/39] possuía preceito similar, o qual restou superado pela Constituição de 1946, que não impunha condicionamento semelhante²⁸⁸.

O art. 153, § 4º da Constituição pretérita, facultava a exigência do exaurimento da via administrativa como condição para ingresso em juízo²⁸⁹. Esse dispositivo foi temperado por uma interpretação sensível à precariedade dos serviços públicos, notadamente em sede

²⁸⁶ INSTITUTO IBERO-AMERICANO DE DIREITO PROCESSUAL. **Código Modelo de Processos Administrativos – Judicial e Extrajudicial – para Ibero-América**, Buenos Aires, 2012. Disponível em: <<http://www.nupej.uff.br>>. Acesso em: 19 abr. 2013.

²⁸⁷ Nesta ação, “[...] o beneficiário direto e imediato desta ação não é o autor; é o povo, titular do direito subjetivo ao governo honesto. O cidadão a promove em nome da coletividade, no uso de uma prerrogativa cívica que a Constituição da República lhe outorga”. MEIRELLES, Hely Lopes. **Mandado de segurança: ação popular, ação civil pública, mandado de injunção, “habeas data”, ação direta de inconstitucionalidade, ação declaratória de constitucionalidade e arguição de descumprimento de preceito fundamental**. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 126.

²⁸⁸ CRETELLA JÚNIOR, José. **Tratado de direito administrativo**, op. cit., p. 272-274.

²⁸⁹ Art. 153. A Constituição assegura aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...] § 4º A lei não poderá excluir da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão de direito individual. O ingresso em juízo poderá ser condicionado a que se exauram previamente as vias administrativas, desde que não exigida garantia de instância, nem ultrapassado o prazo de cento e oitenta dias para a decisão sobre o pedido. Redação conferida pela Emenda Constitucional nº. 07/77.

previdenciária. Sobreveio, então, a Súmula 213 do extinto Tribunal Federal de Recursos, segundo a qual: "[o] exaurimento da via administrativa não é condição para a propositura da ação de natureza acidentária".

Pertinente repisar que o prévio requerimento consiste em simples provocação da Administração. Negado o direito ou na hipótese de omissão no dever de decidir, ultrapassado o prazo legal²⁹⁰, o interessado pode ingressar em juízo, na busca de seus direitos. É algo bem mais brando e que não se confunde com a exigência de exaurimento da via administrativa, a qual solicita o esgotamento de todas as hipóteses extrajudiciais de recurso, o que, numa estrutura administrativa complexa como a brasileira, poderia fulminar o direito da parte.

Interpretando o art. 5º, XXXV da Constituição vigente, o Supremo Tribunal Federal julgou desnecessário o prévio requerimento administrativo de benefício à autarquia previdenciária, tendo em vista o livre acesso ao Judiciário. As únicas das exceções a esse livre acesso estariam taxativamente previstas na Constituição e seriam: (i) frustração da negociação coletiva ou arbitragem nos dissídios coletivos [art. 114, § 2º da Constituição]; (ii) quanto às competições desportivas, após o exaurimento das instâncias da justiça desportiva ou o decurso do prazo de sessenta dias [art. 217, § 1º da Constituição]²⁹¹. Com base nessa fundamentação, o Supremo suspendeu cautelarmente o art. 625-D da CLT, que previa uma etapa extrajudicial própria em comissões de conciliação prévia, como condição obrigatória para ingresso na Justiça do Trabalho²⁹².

Mas não se trata de uma posição peremptória. No caso de *habeas data*, declarou-se imprescindível o prévio requerimento administrativo, provocando a autoridade detentora da informação que se quer acessar, antes da impetração da ação²⁹³. Noutros julgados, o Supremo

²⁹⁰ Por exemplo, no âmbito federal, a Lei nº. 9784/99 estipula o prazo de 30 dias para decidir, se outro não foi previsto [art. 59, § 1º].

²⁹¹ Exemplificadamente: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº. 549055/SP**, Segunda Turma. Relator: Ministro Ayres Britto. Brasília, 05 de outubro de 2010. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em 20 jul. 2013; BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº. 545214/MG**, Segunda Turma. Relator: Ministro Joaquim Barbosa. Brasília, 02 de março de 2010. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em 20 jul. 2013; BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº. 548676/SP**, Segunda Turma. Relator: Ministro Eros Grau. Brasília, 03 de junho de 2008. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em 20 jul. 2013.

²⁹² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Medida Cautelar nas Ações Direta de Inconstitucionalidade nº. 2139 e 2160**, Segunda Turma. Relator para o acórdão: Ministro Marco Aurélio. Brasília, 13 de maio de 2009. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em 20 jul. 2013.

²⁹³ "A prova do anterior indeferimento do pedido de informação de dados pessoais, ou da omissão em atendê-lo, constitui requisito indispensável para que se concretize o interesse de agir no habeas data. Sem que se configure situação prévia de pretensão resistida, há carência da ação constitucional do habeas data". BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Ordinário em Habeas Data nº. 22-8/DF**, Pleno. Relator para o acórdão: Ministro Celso de Mello. Brasília, 19 de setembro de 1991. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em 22 jul. 2013. Atualmente, a Lei Federal nº. 9.507/97, art. 8º, § único, exige, como requisito da petição inicial, a prova da recusa administrativa, ainda que por decurso do prazo de prazo sem resposta.

Tribunal Federal decidiu não serem inconstitucionais as limitações derivadas do direito processual, tais como condições de ação e pressupostos processuais, por não ser absoluta a garantia constitucional de acesso ao Judiciário²⁹⁴.

E, ratificando a atualidade do tema, o art. 7º, § 1º da Lei nº. 11.417/06 estipulou hipótese de esgotamento das vias administrativas, com o fito de restringir o acesso ao Supremo Tribunal Federal em matéria de reclamação. Veja-se:

Art. 7º Da decisão judicial ou do ato administrativo que contrariar enunciado de súmula vinculante, negar-lhe vigência ou aplicá-lo indevidamente caberá reclamação ao Supremo Tribunal Federal, sem prejuízo dos recursos ou outros meios admissíveis de impugnação.

§ 1º Contra omissão ou ato da administração pública, o uso da reclamação só será admitido após esgotamento das vias administrativas.

§ 2º Ao julgar procedente a reclamação, o Supremo Tribunal Federal anulará o ato administrativo ou cassará a decisão judicial impugnada, determinando que outra seja proferida com ou sem aplicação da súmula, conforme o caso.

Não se conhecem precedentes sobre a constitucionalidade ou não desta limitação.

Em que pese o acesso ao Judiciário possuir estatuto constitucional, não pode ser lida com tons absolutos, pois deve conviver com o princípio da separação dos poderes e também o da eficiência [arts. 2º e 37, "caput" da Constituição]. Processualmente falando, é a pretensão resistida que materializa o interesse processual, condição da ação. Aliás, como falar em litígio se a Administração não teve oportunidade de se manifestar previamente sobre a pretensão do particular? Como presumir sua recusa?²⁹⁵

Outro inconveniente na dispensa do prévio requerimento administrativo, é a confusão que se instala entre a atividade primária de administrar com a controladora, de responsabilidade do Judiciário. Se fosse possível substituir integralmente a primeira pela segunda, não haveria razão de se manter os serviços públicos à cargo do Executivo, paralelamente a uma ampla estrutura judicial. Indo ao limite, em matéria previdenciária,

²⁹⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº. 145023/RJ**, Primeira Turma. Relator: Ministro Ilmar Galvão. Brasília, 18 de dezembro de 1992. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em 20 jul. 2013; BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Agravo de Instrumento em Recurso Extraordinário nº. 152676/PR**, Segunda Turma. Relator: Ministro Maurício Corrêa. Brasília, 03 de novembro de 1995. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em 20 jul. 2013; BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Agravo Regimental n Petição nº. 4556/DF**, Pleno. Relator: Ministro Eros Grau. Brasília, 20 de agosto de 2009. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em 23 out. 2013.

²⁹⁵ "Acionar judicialmente a Administração se o requerimento administrativo assemelha-se à atitude de portador de cheque que, sem tentar sacar o valor deste em um banco, ingressa com ação de execução de título extrajudicial. Recorre-se ao Judiciário como se fosse a primeira forma de o particular alcançar qualquer pretensão sua. Esclareça-se que, do mesmo modo que o banco não pode efetuar o pagamento se não sabe da emissão do cheque, o INSS não pode conceder o benefício se nem mesmo foi informado de situação fática em que caberia a concessão". SILVA, Luiz Antonio Miranda Amorim. Esgotamento da via administrativa e requerimento administrativo na concessão dos benefícios previdenciários. **Revista IOB trabalhista e previdenciária**, São Paulo, nº. 236, p. 202, fev. 2009.

milhares de agências do INSS se tornariam obsoletas, eis que o atendimento por elas desempenhado seria passível de substituição por juizados especiais federais²⁹⁶.

Por razões semelhantes, o Superior Tribunal de Justiça julgou necessário o prévio requerimento administrativo, com vistas a materializar o interesse de agir, salvo se: (i) houve recusa de protocolo do requerimento ou (ii) for notória a resistência à tese jurídica esposada pelo requerente²⁹⁷.

De se ressaltar, ainda, que a imposição de uma etapa extrajudicial prévia não é uma particularidade nacional e pode ser reconhecida nos três sistemas de justiça administrativa estudados na presente pesquisa. A conferir:

- no contencioso administrativo francês, em regra, o prévio procedimento administrativo [*préalable administratif*] é necessário para haver um ato administrativo a ser atacado. A jurisprudência considera que uma decisão administrativa existe ainda que não tenha sido formalizada e possa ser revelada pelas circunstâncias do caso. A omissão em decidir, por dois meses, presume a negativa da Administração [art. R421-2 do Código de Justiça Administrativa]²⁹⁸;

- no sistema inglês há o *pre-action stage*, uma etapa extrajudicial em que particular e órgão público obrigatoriamente devem trocar correspondências, tentando uma solução amigável ao litígio. Só depois é que se pode ingressar na via judicial²⁹⁹;

- por fim, no sistema alemão, o § 68 do Código de Jurisdição Administrativa estabelece algumas hipóteses de procedimento extrajudicial prévio [*Vorverfahren*]³⁰⁰.

No sentido inverso, o Código Modelo de Processos Administrativos para a Ibero-América orienta que "o acesso à via administrativa prévia é facultativo; contudo, sua

²⁹⁶ É disseminada a impressão, entre magistrados e servidores, de que os juizados especiais federais são um "balcão de atendimento do INSS", uma vez que boa parte dos atos processuais reproduzem ou substituem procedimentos que deveriam ter ocorrido de forma adequada na esfera administrativa. Testemunha disso é o alto índice de sentenças de procedência e homologatória de acordos: 46,9%. INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA. **Acesso à Justiça Federal: dez anos de juizados especiais**. Brasília: CJF, 2012. p. 176.

²⁹⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº. 1310042/PR**, 2ª Turma. Relator: Ministro Herman Benjamin. Brasília, 15 de maio de 2012. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em 20 jul. 2013.

²⁹⁸ MARINHO, Anapaula Trindade; SALEMKOUR, Samir. Contencioso administrativo in **Introdução ao Direito Francês**. Juruá: Curitiba, v. 1, 2009. p. 571-572.

²⁹⁹ MINISTRY OF JUSTICE. **Administrative Court Guidance: notes for guidance on applying for judicial review**. Disponível em: <http://www.justice.gov.uk>. Acesso em 10 ago. 2013.

³⁰⁰ SILVA, Ricardo Pelingeiro Mendes da; BLANKE, Herman-Josef; SOMMERMAN, Karl-Peter, op. cit., p. 117-118.

interposição interrompe o prazo para exercer judicialmente a pretensão e não exclui as medidas cautelares ou de antecipação de tutela"³⁰¹.

Sob a ótica constitucional, o prévio requerimento preserva a separação das funções de administrar e julgar, evitando o gigantismo do Judiciário; em termos práticos, racionaliza as demandas, limitando os pontos controvertidos da futura ação judicial; finalmente, em termos de custos, a instância administrativa é gratuita e dispensa advogado³⁰².

Naturalmente, objeções e excessos por parte de agentes administrativos acontecem, mas não se pode tomar esse dado como motivo para desqualificar o sistema como um todo. O famigerado "indeferimento verbal" ou abusos em processos administrativos são ilícitos que podem - e precisam - ser sancionados, o que certamente teria efeito dissuasório e educativo³⁰³.

De todo modo, a definição do tema está novamente nas mãos do Supremo Tribunal Federal, com reconhecimento de repercussão geral no Recurso Extraordinário nº. 631240/MG, ainda pendente de julgamento³⁰⁴.

4.2.3 Prerrogativas processuais da Fazenda Pública: razão de ser e limites

O brocardo *una lex, una jurisdictio* sugere um tratamento processual uniforme para a Administração Pública, já que os litígios seriam julgados por tribunais comuns e não especiais, tudo em nome da isonomia e repulsa a privilégios. Entretanto, como visto no item 2.3.2.2., nem mesmo na Inglaterra impera a uniformidade processual absoluta, a exemplo do

³⁰¹ INSTITUTO IBERO-AMERICANO DE DIREITO PROCESSUAL. **Código Modelo de Processos Administrativos – Judicial e Extrajudicial – para Ibero-América**, Buenos Aires, 2012. Disponível em: <<http://www.nupej.uff.br>>. Acesso em: 19 abr. 2013.

³⁰² O INSS informa que 35% das decisões judiciais cumpridas em 2008 referem-se a casos nos quais não houve prévio requerimento administrativo, isto é, que poderiam ter sido solucionadas extrajudicialmente. Outras vantagens ao prévio requerimento administrativo, segundo o INSS, seriam: 1) inexistência de prejuízo financeiro para o interessado (muito ao contrário do que ocorre quando alguém recorre a um advogado e ajuíza uma ação); 2) celeridade em todo o procedimento (nos benefícios de salário-maternidade, aposentadoria por tempo de contribuição e por idade a concessão poderá ocorrer em até 30 minutos); 3) os servidores da Autarquia são treinados e especializados nesta matéria. ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO. **Caderno de memoriais 2009**. Brasília, 2009. p. 87.

³⁰³ Ora, na esfera disciplinar, o servidor federal tem o dever de atender com presteza o público em geral [art. 116, V da Lei 8.112/90]; na de improbidade administrativa, a submeter-se aos princípios da Administração [art. 11, "caput", da Lei 8.429/92]; por fim, há o crime de prevaricação [art. 319 do Código Penal].

³⁰⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Repercussão Geral no Recurso Extraordinário nº. 631240/MG**, Pleno. Relator: Ministro Joaquim Barbosa. Brasília, 09 de dezembro de 2010. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em 20 jul. 2013.

Civil Procedure Rules, Part 54 - Judicial Review and Statutory Review, com *remedies* específicos, quando o Poder Público for parte no processo.

No Brasil, lamenta Rui Barbosa, os "privilégios" da Fazenda Pública remontam aos tempos coloniais, vicejaram no Império e sobreviveram indevidamente à proclamação da República, sendo anacrônicos e contrários à isonomia³⁰⁵.

A abolição do contencioso administrativo no Brasil, ressalta Castro Nunes, foi um passo avançado, mas incapaz de modificar a índole de direito administrativo, o que justificaria certas restrições processuais³⁰⁶. A unidade de jurisdição não igualou o direito material, mas o direito processual sofreu os reflexos do regime jurídico da Administração e suas regras derogatórias.

Conceitua-se direito processual público como a parte do direito processual, ocupado com os processos judiciais que tenham como conteúdo o direito público ou como

³⁰⁵ "Entre estas [injustiças], avultam em iniquidade e deformidade os odiosos privilégios do fisco. Estranha coisa, que, dos tempos coloniais aos imperiais, dos imperiais aos republicanos, atravessando os três regímenes, guardasse ele, até hoje, nas unhas o mesmo "visco", de que se lhe queixava o povo, há dois séculos e meio, quando se escreveu, em Portugal, a Arte de Furtar. (Aplausos gerais.) Esse poder aglutinativo tem a sua consagração jurídica nas isenções e desigualdades legais, a que o erário se aferra ainda hoje. Nasceram elas, mui logicamente, do absolutismo romano. Mui coerentemente se preservaram debaixo da coroa portuguesa, quando o patrimônio nacional se confundia com o de El-rei, nisso a que ele chamava "A minha real fazenda". Mas já sob a monarquia parlamentar destoavam tanto da igualdade constitucional por ela estatuída, que as idéias liberais as começaram a combater. E, ao presente, no domínio de uma constituição que acabou com a Justiça privilegiada para os feitos da Fazenda, submetendo-a aos tribunais ordinários da União representam um antagonismo flagrante, descomunal, indecoroso com as nossas instituições. (Aplausos.)

Tão mal as entendem, porém, os seus inculcados servidores, que, justamente debaixo deste regímen, novos requintes de fiscalismo têm vindo galvanizar esses restos fósseis do antigo imperialismo e da realeza lusitana. (Apoiados.) Sempre me bati contra o anacronismo dessas exumações, que o sentimento jurídico dos nossos tempos repulsa, e que entre os nossos bons jurisconsultos tem encontrado valentes adversários. Não sei dizer a mágoa e o espanto, com que vi ressurgir ultimamente a grosseira antigualha da apelação ex-offício nas sentenças contra a Fazenda, e a teoria leonina de que esta não tem prazo ou termo para embargar as sentenças onde for condenada. Não quero exprimir a indignação, que me inspira a lei de 28 de agosto do ano passado, medida revolucionária no instituto da prescrição com que o Tesouro se deu a si mesmo quitação plenária contra uma soma incalculável de legítimos direitos, em cuja satisfação, ante as regras da probidade mais vulgar, o devíamos ter por empenhado, o iníquo da moral depravada, que enverniza essas prepotências (aplausos), não tem paralelo senão no ridículo, em que chegariam a se abismar, quando, por exemplo, equiparam a opulência todo-poderosa da Fazenda à condição dos menores e interditos, se debaixo desta zombaria não se adivinhasse o privilégio em toda a sua odiosidade. (Apoiados gerais.)

Essas regalias, de outras épocas, ou de outros regímenes, ora de natureza processual, ora de ordem substantiva, alteram todas profundamente a norma da igualdade entre o estado e o indivíduo nas relações de direito privado. Assim, quando contrata, como quando pleiteia, autora ou ré, a fazenda se nivela aos particulares, nas obrigações, que com estes contrai, e nos atos, em que com estes entra. Ora, esse princípio sofre essencialmente, sempre que o mais forte dos dois lados se arrogue a si mesmo, contra o outro, prerrogativas e vantagens, como essas, que, ou atentem contra a substância do direito, ou o ponham em inferioridade nos meios de sua defesa. Tudo o que o estado ganhe em vil dinheiro com essa organização oficial da desonestidade, perde sempre em respeitabilidade, em crédito, em honra e, até pecuniariamente, na segurança da própria Fazenda, malguardada por funcionários e juízes que ela mesma corrompe nessa escola de fraudulência e burla. (Estrepitosos aplausos.) Apaguemos da legislação republicana os resquícios de uma tradição obsoleta". BARBOSA, Rui. **Pensamento e ação de Rui Barbosa**. Brasília: Senado Federal, Secretaria Especial de Editoração e Publicação, 1999. p. 321-323.

³⁰⁶ NUNES, Castro. **Da fazenda pública em juízo**, op. cit., p. 63-64.

parte num dos polos da lide a Administração Pública³⁰⁷. Seu objeto de estudo são as normas derogatórias do processo civil comum, que, ao contrário de outros países, não estão sistematizadas em um código ou equivalente.

Dentre as razões para o estudo em separado situam-se o regime processual crescentemente diferenciado e as dificuldades que enfrenta o cidadão para ter os seus direitos subjetivos públicos efetivados. Tenta-se harmonizar (i) a efetividade dos direitos dos cidadãos com (ii) o regime jurídico peculiar da Administração em juízo³⁰⁸.

Essa compatibilização é necessária tendo em vista a hipossuficiência de quem se disponha a processar o Poder Público, o qual detém indiscutível supremacia econômica, técnica e jurídica. Sem remédios constitucionais como o mandado de segurança, *habeas data* e mandado de injunção, a proteção do indivíduo contra o Estado restaria esvaziada, ante a carência de instrumentos adequados à tarefa. E, sob o ponto de vista do Poder Público, essas intervenções judiciais moldam e aprimoram a prática administrativa. Pondera Carlos Ari Sundfeld,

Quem quiser compreender a evolução do Direito Administrativo deve recordar sempre que, sem controle jurisdicional (ainda que feito por tribunais especializados formalmente integrantes da Administração ou, ao menos, separados do Judiciário, como na França), não há Direito Administrativo. No caso brasileiro, o surgimento e posterior desenvolvimento do mandado de segurança foram vitais para viabilizar um controle judicial efetivo. Em outros termos, o reconhecimento paulatino - que se pode perceber na evolução doutrinária através dos tempos - de que os poderes da Administração têm os limites, tais ou quais só foi possível pela acumulação de milhares de decisões judiciais que, concretamente, foram impondo o respeito a esses limites. Sem o mandado de segurança - isto é, sem a sua força executória, sua agilidade, sua presteza - a contenção real do poder pelo Judiciário no Brasil talvez ainda estivesse hoje em estágio muito embrionário. Em suma, estou certo de que o mandado de segurança tem sido fundamental para incorporar uma relevante contribuição jurisprudencial ao aprimoramento do Direito Administrativo³⁰⁹.

Também atentando à hipossuficiência do particular, merece destaque o movimento de facilitação de acesso à Justiça, levado à cabo pelos juizados especiais federais e da Fazenda Pública, dispensando advogado, prazos processuais diferenciados, para não falar no pagamento via requisição de pequeno valor e não mais por precatório.

No que tange ao regime jurídico peculiar do Poder Público em juízo, persegue-se a adaptação das normas processuais às peculiaridades da Administração Pública, derrogações ao regime processual comum, cujo escopo declarado é a proteção do interesse público.

³⁰⁷ SUNDFELD, Carlos Ari. Introdução ao direito processual público. In: SUNDFELD, Carlos Ari; BUENO, Cassio Scarpinella. **Direito processual público: a Fazenda Pública em juízo**. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 16.

³⁰⁸ NETTO MIRANDA, Fernando Gama de. **Ônus da prova no Direito Processual Público**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 30-31.

³⁰⁹ SUNDFELD, Carlos Ari. Introdução ao direito processual público, op. cit., p. 27.

Limitando-se ao Código de Processo Civil, a Fazenda Pública (i) possui prazo em quádruplo para contestar e em dobro para recorrer [art. 188]; (ii) não é submetida ao ônus da impugnação específica em suas contestações e, ainda que não apresente tal peça, não sofre os efeitos da revelia [arts. 302 e 320]; (iii) as sentenças desfavoráveis submetem-se ao reexame necessário [art. 475]; (iv) na hipótese de ação rescisória, não precisam fazer o depósito de 5% sobre o valor da causa [art. 488, § único]; (v) quando finalmente vencida, sujeita-se a um regime especial de execução da obrigação de pagar, previsto no art. 100 da Constituição; e (vi) quando condenada em honorários sucumbenciais, são eles quantificados equitativamente, fora dos limites mínimos de 10 e máximo de 20% sobre o valor da condenação [art. 20, § 4 do Código de Processo Civil].

Os defensores das prerrogativas da Fazenda Pública justificam-nas aduzindo que o advogado público, ao contrário do particular, não pode escolher clientes ou recusar causas o que, conjugado com a burocracia pública, revestiria de razoabilidade os prazos processuais dilatados para preparação das defesas e recursos. Sob o ponto de vista teórico, a supremacia do interesse público daria arrimo ao tratamento diferenciado, uma vez que a Fazenda Pública apenas gere recursos extraídos da sociedade e, quando há uma condenação, é a sociedade, em última instância, quem suportará tal condenação³¹⁰.

Responde-se a isso rememorando que grandes empresas privadas também convivem com excesso de causas, e nem por isso contam com prazos diferenciados. A respeito do interesse público, pagar o devido, resolver pendências com ou sem mecanismos alternativos de resolução de conflitos, longe de menosprezá-lo, concretiza-o, incutindo um modelo de atuação responsável nos cidadãos.

Seguindo essa linha crítica, Cândido Rangel Dinamarco liga tais prerrogativas processuais a uma postura de defesa do Estado, típica de regimes totalitários:

A manutenção de dispositivos antiisonômicos no vigente Código de Processo Civil explica-se pelo fato de ele ser mera continuação do estatuto de 1939, em relação ao qual muito pouco se inovou substancialmente. Apoiados no falso dogma da indisponibilidade dos bens do Estado, os privilégios concedidos pela lei e pelos tribunais aos entes estatais alimentam a litigiosidade irresponsável que estes vêm praticando, mediante a propositura de demandas temerárias, oposição de resistências que da parte de um litigante comum seriam sancionadas como litigância de má-fé (CPC, arts. 16-18), excessiva interposição de recursos etc. - tudo concorrendo ainda para o congestionamento da tutela jurisdicional aos membros da população³¹¹.

³¹⁰ MORAES, José Roberto de. As prerrogativas e o interesse da Fazenda Pública. In: SUNDFELD, Carlos Ari; BUENO, Cassio Scarpinella. **Direito processual público: a Fazenda Pública em juízo**. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 66-78.

³¹¹ DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil**, op. cit., p. 233.

Outra dificuldade com o protecionismo processual é a mensagem de desconfiança que suscita acerca do comportamento das partes e magistratura, como se todos presumidamente agissem no intuito irresponsável de lesar o erário. O desfecho converte a Administração Pública numa espécie de "superparte", acima das demais³¹², quase um ente juridicamente incapaz, sempre a merecer tutela em face da ganância de terceiros.

Deve-se, ainda, trazer ao debate que não necessariamente a disciplina especial do direito material implica em desigualdade processual. Em Portugal, o Código de Processo nos Tribunais Administrativos, Lei n.º 15/2002, preocupa-se com a igualdade das partes, extensível à seara das sanções processuais, como litigância de má-fé [art. 6º]³¹³. Um exemplo brasileiro são os multicitados juizados especiais federais e da Fazenda Pública.

Talvez a verdadeira objeção resida na intensidade de tais prerrogativas. Ainda é atual a advertência de Pimenta Bueno, ao afirmar que “A lei deve ser uma e a mesma para todos; qualquer especialidade ou prerrogativa que não for fundada só e unicamente em uma razão muito valiosa do bem público será uma injustiça e poderá ser uma tirania”³¹⁴.

Sob o ponto de vista jurisprudencial, o Supremo Tribunal Federal é convocado esporadicamente para se manifestar sobre a constitucionalidade ou não de determinadas prerrogativas processuais, com conclusões díspares.

Por exemplo, a Corte Suprema negou liminar, em ação direta de inconstitucionalidade, para suspender medida provisória que impunha restrições à concessão de medidas cautelares contra o Poder Público. O voto vencedor foi no sentido de que a constitucionalidade deveria ser aferida no caso concreto, pela via difusa³¹⁵. No que toca à antecipação de tutela e as restrições veiculadas na Lei n.º. 9.494/97, o mesmo tribunal deferiu liminar, em sede de ação declaratória de constitucionalidade, julgando-as constitucionais³¹⁶.

³¹² Não por outro motivo o Código Modelo de Processos Administrativos prevê expressamente em seu art. 38 a paridade de armas, isto é, que “[a] lei e o órgão judiciário deverão preservar a igualdade das partes no processo”. INSTITUTO IBERO-AMERICANO DE DIREITO PROCESSUAL. **Código Modelo de Processos Administrativos – Judicial e Extrajudicial – para Ibero-América**, Buenos Aires, 2012. Disponível em: <<http://www.nupej.uff.br>>. Acesso em: 19 abr. 2013.

³¹³ De acordo com Wladimir Brito, a consagração do princípio da igualdade das partes reveste-se de grande significado na realidade portuguesa, posto que, agora, a Administração está sujeita às custas processuais e sanções por litigância de má-fé, o que poderá inibir condutas protelatórias. BRITO, Wladimir, op. cit., p. 116.

³¹⁴ BUENO, Jose Antonio Pimenta, op. cit., p. 424.

³¹⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Medida Cautelar em Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º. 223**, Pleno. Relator para acórdão: Ministro Sepúlveda Pertence. Brasília, 05 de abril de 1990. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em 20 jul. 2013.

³¹⁶ O principal fundamento foi a existência de diversas liminares de instâncias inferiores determinando a “[...] incorporação imediata de acréscimos de vencimentos, na folha de pagamento de grande número de servidores e até o pagamento imediato de diferenças atrasadas. E tudo sem o precatório exigido pelo art. 100 da Constituição Federal, e, ainda, sob as ameaças noticiadas na inicial e demonstradas com os documentos que a instruíram”. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Medida Cautelar em Ação Declaratória de Constitucionalidade n.º. 4**,

Como na prática, tais decisões inviabilizavam as tutelas de urgência cautelares e satisfativas, o Supremo posteriormente mitigou sua posição inicial, admitindo antecipação de tutela em matéria previdenciária, dentre outras³¹⁷.

Noutra oportunidade, o Supremo julgou irrazoável a fixação de um teto de R\$ 151 mil para honorários sucumbenciais em desapropriações, dispositivo cautelarmente suspenso por inconstitucionalidade³¹⁸. Na mesma senda, julgou inconstitucional parte da Medida Provisória nº. 1577-6/97, que: (i) ampliou o prazo decadencial para ajuizamento de ação rescisória de dois para cinco anos, quando proposta pela Administração Direta e Indireta; (ii) criou uma nova hipótese de ação rescisória - indenizações expropriatórias ou similares flagrantemente superior ao preço de mercado. Eis a conclusão daquele tribunal:

A igualdade das partes é imanente ao *procedural due process of law*; quando uma das partes é o Estado, a jurisprudência tem transigido com alguns favores legais que, além da vetustez, tem sido reputados não arbitrários por visarem a compensar dificuldades da defesa em juízo das entidades públicas; se, ao contrário, desafiam a medida da razoabilidade ou da proporcionalidade, caracterizam privilégios inconstitucionais: parece ser esse o caso das inovações discutidas, de favorecimento unilateral aparentemente não explicável por diferenças reais entre as partes e que, somadas a outras vantagens processuais da Fazenda Pública, agravam a consequência perversa de retardar sem limites a satisfação do direito do particular já reconhecido em juízo³¹⁹.

Por derradeiro, um caso bastante atual: a Emenda Constitucional nº. 62/2009 - "emenda do calote".

A nova redação do art. 100 da Constituição encetou a compensação obrigatória dos precatórios com débitos líquidos e certos, inscritos ou não em dívida ativa, e constituídos contra o credor original da Fazenda Pública. Em ação direta de inconstitucionalidade - acórdão ainda não publicado - declarou-se a inconstitucionalidade parcial da EC nº. 62, por força de: (i) violação ao contraditório e ampla defesa, já que a compensação seria unilateral e automática; (ii) ofensa à separação de poderes, por embaraçar a jurisdição e ofender a coisa julgada; (iii) atentado à isonomia, pois consagraria uma superioridade processual em favor da

Pleno. Relator: Ministro Sydney Sanches. Brasília, 11 de fevereiro de 1998. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em 20 jul. 2013.

³¹⁷ Súmula 729. A decisão na Ação Direta de Inconstitucionalidade 4 não se aplica à antecipação de tutela em causa previdenciária.

³¹⁸ Entretanto, permanece eficaz o percentual máximo de 5% sobre a diferença entre o preço oferecido pela Administração e a condenação judicial, o que destoa das regras gerais do Código de Processo Civil, cujo teto é de 20%. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Medida Cautelar em Ação Direta de Inconstitucionalidade nº. 2332**, Pleno. Relator: Ministro Moreira Alves. Brasília, 05 de setembro de 2001. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em 20 jul. 2013.

³¹⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Medida Cautelar em Ação Direta de Inconstitucionalidade nº. 1753**, Pleno. Relator: Ministro Sepúlveda Pertence. Brasília, 16 de abril de 1998. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em 20 jul. 2013.

Fazenda Pública e instituiria uma prerrogativa - compensação obrigatória - não extensível ao particular em igual situação, como quando o executado for o Poder Público³²⁰.

Não obstante a sobrevivência das prerrogativas processuais em favor da Fazenda Pública, é perceptível uma aparente estabilização: a uma, pelas decisões do Supremo Tribunal Federal, limitando-as às hipóteses em que há uma justificativa razoável, sob pena de inconstitucionalidade; a duas, a despeito de todas as polêmicas, os juizados especiais federais e da Fazenda Pública, respectivamente Leis nº. 10.259/01 e 12.153/09, são uma realidade, provando que, ao menos em causas de menor expressão econômica, o tratamento processual isonômico não pôs em xeque a Administração Pública ou interesse público³²¹; a três, em que pese o projeto de novo Código de Processo Civil não extinga o tratamento processual desigual, ao menos não o amplia³²².

4.3 Órgãos administrativos com funções quase judiciais

Por vezes, a legislação refere-se a determinados órgãos administrativos como *tribunais*, integrados por *juízes*, num sistema de *contencioso administrativo*³²³. A recente Lei nº. 12.529/11 vai mais longe, ao dizer em seu art. 4º que "[o] Cade é entidade judicante com jurisdição em todo o território nacional, que se constitui em autarquia federal [...]". Seriam exceções à unidade de jurisdição?

No Brasil, a única ressalva ao monopólio do Judiciário no exercício da função jurisdicional corresponde ao julgamento de crimes de responsabilidade à cargo do Legislativo [art. 52, I e II da Constituição da República]. Os tribunais administrativos ou órgãos

³²⁰ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Precatório: regime especial e EC 62/2009. **Informativo Semanal de Jurisprudência nº. 698**, Brasília, 26 mar. 2013. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 24 set. 2013.

³²¹ Ambas proíbem prazos processuais diferenciados, inclusive, para recurso, e vedam o reexame necessário nos feitos de sua competência [Lei nº. 10.259/01, arts. 9º e 13; Lei nº. 12.153/09, arts. 7º e 11].

³²² O projeto de novo Código de Processo Civil minora as prerrogativas processuais em alguns pontos. Por exemplo: (i) o cálculo dos honorários sucumbenciais, quando vencida a Fazenda Pública, permanece diferenciado, em percentuais que se reduzem conforme aumenta o valor da condenação [art. 85, § 3º]; (ii) os prazos em quádruplo para contestar e em dobro para recorrer são uniformizados para uma contagem em dobro. Mas, ao mesmo tempo, estende-se a intimação pessoal a todos os entes públicos [art. 184]; (iii) a remessa necessária é limitada à condenações superiores a mil salários mínimos quanto a entes federais, quinhentos salários mínimos para entes estaduais e, finalmente, cem salários mínimos para entes municipais [art. 507]; (iv) é dispensado o recolhimento de custas para entes públicos, o que não é a regra geral hoje [art. 1020, I].

³²³ Exemplificadamente, a Lei Estadual nº. 13.457/09 do Estado de São Paulo, que dispõe sobre o processo administrativo tributário decorrente de lançamento de ofício, e dá outras providências, organiza o funcionamento do Tribunal de Impostos e Taxas do Estado de São Paulo e de seus juízes. Disponível em: <http://www.fazenda.sp.gov.br/legislacao/>. Acesso em 10 nov. 2013.

administrativos com funções quase judiciais são apenas parecidos, mas não iguais à função jurisdicional.

À semelhança dos *administrative tribunals* ingleses, os tribunais administrativos brasileiros tem atribuição de "dizer o direito" mediante um rito predeterminado, cujo *discrímen* está em não integrarem o Judiciário, e que suas decisões não fazem coisa julgada³²⁴.

Esses órgãos *para judiciais* ou *quase judiciais*, conforme Castro Nunes, surgiram em países com tradição judiciarista para lidar com os novos conflitos derivados da hipertrofia do Estado, sua descentralização, ampliação do poder regulamentar e complexidade da legislação. Como tais litígios reclamavam conhecimentos por demais especializados, sentiu-se a necessidade de instâncias técnicas, tanto para repartir com o Judiciário a tarefa de pacificação social como para, dentro da Administração, reduzir o arbítrio na aplicação da lei³²⁵. Nesse pensar, os órgãos quase judiciais funcionariam como filtros de litígios, ora resolvendo-os, ora limitando os pontos controvertidos, facilitando a ulterior apreciação judicial. Foi uma resposta pragmática aos novos tempos³²⁶.

Na atualidade, órgãos administrativos com funções quase judiciais são extremamente comuns. Estão nos departamentos de trânsito e suas juntas de administrativas de recursos de infrações - JARI, nos conselhos de recursos da Previdência Social e na seara tributária com seus tribunais de taxas e impostos. Nos serviços públicos concedidos, as agências reguladoras fiscalizam o cumprimento dos contratos por parte das concessionárias, recolhem as reclamações dos consumidores finais e apreciam os problemas daí derivados.

Neste item, foram selecionados três órgãos quase judiciais: (i) o Tribunal Marítimo, mais pelo aspecto histórico que por sua importância atual, pois foi um dos primeiros de seu tipo no Brasil; (ii) o Tribunal de Contas, sobre o qual, para alguns, ainda paira dúvidas sobre sua real natureza; e, por último, (iii) o Conselho Nacional de Justiça o qual, embora declaradamente administrativo, tem o potencial de interferir em atos judiciais típicos.

³²⁴ Hely Lopes Meirelles distingue a função jurisdicional, de dizer o direito em sentido amplo e exercida pelos três poderes, da função jurisdicional judicial, exclusiva do Judiciário. MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**, op. cit., p. 732-733.

³²⁵ Na época do escrito - década de quarenta - o autor registrava que o fenômeno era impreciso e em fase de transição, mas que não importava em decadência do Judiciário, e sim uma nova forma de realização do direito. NUNES, José de Castro. **Teoria e prática do Poder Judiciário**, op. cit., p. 8-10.

³²⁶ O Supremo Tribunal Federal, nos anos setenta, reconheceu que é imprescindível a atribuição de funções jurisdicionais a órgãos da administrativos, não obstante ser "[...] absolutamente contrária aos mais sólidos princípios de direito constitucional". BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Agravo de Instrumento nº. 62811/RJ**, 1ª Turma. Relator: Ministro Bilac Pinto. Brasília, 20 de junho de 1975. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em 20 jul. 2013.

4.3.1 Tribunal Marítimo

O Decreto nº. 20.829, de 31 de dezembro de 1931, instituiu o Tribunal Marítimo, cujo propósito era o julgamento dos acidentes da navegação e as responsabilidades técnicas advindas. Com o escopo de entrosá-lo ao Judiciário, caberia recurso ordinário ao Supremo Tribunal Federal [art. 5º, §§ 7º e 8º]. Essa mescla entre o administrativo e o judicial era justificada por Seabra Fagundes do seguinte modo:

Ao tempo, o hibridismo seria admissível, pois que depositário o Governo Provisório da função constituinte podia alterar, em sua estrutura, a jurisdição constitucionalmente outorgada à Suprema Corte. Sobrevindo, porém, a Constituição de 1934, que restaurou, em suas linhas tradicionais, a jurisdição extraordinária dessa Corte, circunscrevendo-a, portanto, ao conhecimento das sentenças da Justiça Comum, o texto permissivo do recurso diretamente interposto de decisões do Tribunal Marítimo se teve como inoperante. Perdia assim a importância a caracterização da posição dessa Corte especializada no sistema de controle jurisdicional brasileiro³²⁷.

Avançando no tempo, a Lei n. 2.180, de 5 de fevereiro de 1954, reorganizou o Tribunal Marítimo do seguinte modo:

- organicamente, é vinculado ao Executivo - hoje, Ministério da Defesa - mas, ainda assim, auxiliar do Judiciário;
- possui *jurisdição* em todo território nacional, para julgamento dos acidentes e fatos da navegação;
- o colegiado, composto por sete juízes, é responsável por gerir a apuração, que segue regras semelhantes às processuais comuns, no que tange à defesa, prazos e recursos;
- não deixando espaço para qualquer controvérsia, o art. 18 da Lei 2.180/54 afirma que "[a]s decisões do Tribunal Marítimo quanto à matéria técnica referente aos acidentes e fatos da navegação têm valor probatório e se presumem certas, sendo porém suscetíveis de reexame pelo Poder Judiciário".

Sem embargo dessas peculiaridades, a doutrina há muito concluiu pela natureza unicamente administrativa do Tribunal Marítimo³²⁸; seus juízes não integram e não

³²⁷ FAGUNDES, Miguel Seabra, op. cit., p. 124.

³²⁸ Segundo Seabra Fagundes, durante a vigência do Decreto n. 20.829, de 31 de dezembro de 1931, que criou o Tribunal Marítimo no Brasil, tal órgão já era considerado administrativo e não jurisdicional, situação que não se alterou subsequentemente. FAGUNDES, Miguel Seabra, op. cit., p. 124-125. No mesmo sentido: CAVALCANTI, Themistocles Brandão, op. cit., p. 478-479; MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**, op. cit., p. 732.

são dotados das mesmas garantias dos membros do Judiciário³²⁹; suas decisões são, em substância, atos administrativos, suscetíveis à crítica judicial, sem fazer coisa julgada nem mesmo quanto a assuntos técnicos³³⁰.

4.3.2 Tribunal de Contas

A aspiração por uma corte de contas é antiga, e só foi atendida com advento da República³³¹. Previsto no Decreto-Lei nº. 966-A de 1890, o tribunal de contas ganhou um artigo específico na Constituição de 1891 e sempre foi mencionado nas subsequentes³³².

O primeiro texto constitucional republicano fundou um tribunal externo ao Judiciário, cujos membros eram dotados de vitaliciedade³³³. Desde logo, surgiram duas teorias: (i) uma que vê as cortes de contas como detentoras de poder jurisdicional, delas emanando decisões com efeito de coisa julgada; e (ii) noutra ponta, negando ambas características.

Manuel Pedro Villaboim leciona que a Constituição de 1891 extinguiu o contencioso administrativo, mas ressalva que o tribunal de contas, ainda que formalmente

³²⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Segurança nº. 17346**, Pleno. Relator: Ministro Gonçalves Oliveira. Brasília, 13 de setembro de 1968. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em 20 jul. 2013.

³³⁰ "As decisões do Tribunal Marítimo podem ser contrariadas pela prova dada em juízo". BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº. 7193**, Segunda Turma. Relator: Ministro Hahnemann Guimarães. Brasília, 30 de novembro de 1950. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em 20 jul. 2013; "O pronunciamento do Tribunal Marítimo vale, perante o Poder Judiciário, não como decisão mas como laudo, ao qual será dado o valor que merecer". BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº. 25193**, Primeira Turma. Relator: Ministro Luiz Gallotti. Brasília, 13 de novembro de 1955. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em 20 jul. 2013; "As decisões do Tribunal Marítimo podem ser revistas pelo Poder Judiciário; quando fundadas em perícia técnica, todavia, elas só não subsistirão se esta for cabalmente contrariada pela prova judicial. Recurso especial conhecido e provido". BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº. 38.082/PR**, Terceira Turma. Relator: Ministro Ari Pargendler. Brasília, 20 de maio de 1999. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em 20 jul. 2013.

³³¹ "É de summa necessidade a criação de um tribunal de contas, devidamente organizado, que examine e compare a finalidade das despesas com os créditos votados, as receitas com as leis do imposto, que perscrute e siga pelo testemunho de documentos autênticos em todos os seus movimentos, a aplicação e emprego dos valores do Estado, e que enfim possa assegurar a realidade e legalidade das contas. Sem esse poderoso auxiliar nada conseguirão as câmaras". BUENO, José Antonio Pimenta, op. cit., p. 90.

³³² O Tribunal de Contas frequentou diferentes partes ao longo das constituições republicanas, o que reflete a insegurança quanto à sua real natureza: na de 1891, foi estava no capítulo das disposições gerais [art. 89]; na Constituição de 1934, ao lado do Ministério Público e dos Conselhos Técnicos, enquanto órgão de cooperação nas entidades governamentais [art. 99]; na Constituição de 1937, dentro do item que versou sobre o Judiciário [art. 114]; finalmente, nas Constituições de 1946, 1967, Emenda Constitucional nº. 1/69 e 1988, dentro do item referente ao Poder Legislativo.

³³³ Art 89 - É instituído um Tribunal de Contas para liquidar as contas da receita e despesa e verificar a sua legalidade, antes de serem prestadas ao Congresso. Os membros deste Tribunal serão nomeados pelo Presidente da República com aprovação do Senado, e somente perderão os seus lugares por sentença.

administrativo, era um autêntico tribunal judiciário³³⁴. Abonando essa tese, o Decreto nº. 392, de 8 de outubro de 1896, declarava que suas decisões possuíam natureza jurisdicional³³⁵. Mario Masagão via-os como prepostos do Legislativo:

- a) - O tribunal de contas, instituído pela Constituição, é um órgão de administração, preposto do poder legislativo, com função de auxiliar a este na tomada de contas da receita e da despesa de cada exercício financeiro.
- b) - Nessa atribuição, de nenhuma forma se incluem funções jurisdicionais.
- c) - Tendo o tribunal de contas atribuições fixadas pela Constituição, não podem essas atribuições ser modificadas, por diminuição ou por acréscimo, em razão de leis ordinárias³³⁶.

Com base no texto constitucional de 1967, Seabra Fagundes negava que os tribunais de contas integrassem o Judiciário, todavia, dizia que suas decisões faziam coisa julgada. O argumento era pragmático:

[...] se a regularidade das contas pudesse dar lugar a nova apreciação (pelo Poder Judiciário), o seu pronunciamento resultaria em mero e inútil formalismo. Sob esse aspecto restrito (o criminal fica à Justiça da União) a Corte de Contas decide conclusivamente. Os órgãos do Poder Judiciário carecem de jurisdição para examiná-lo³³⁷.

Hoje, tendo em mente o art. 92 da Constituição de 1988, que não lista os tribunais de contas como órgãos do Judiciário, não é viável defender - organicamente - sua natureza judiciária³³⁸. Isso não limita, entretanto, a autonomia da instituição: a competência e garantias constitucionais de seus membros, não os subordinada a qualquer dos poderes, embora persista como auxiliar do Legislativo³³⁹.

³³⁴ "[e]sse tribunal, conquanto de natureza administrativa, oferece pelas garantias de independência que se lhe assegurou e pelos requisitos que devem presidir sua composição todas as garantias dos tribunais do poder judiciário. É um verdadeiro tribunal judiciário". VILLABOIM, Manuel Pedro, op. cit., p. 84.

³³⁵ Art. 2º O Tribunal de Contas tem jurisdição própria e privativa sobre as pessoas e as matérias sujeitas à sua competência; abrange todos os responsáveis por dinheiros, valores e material pertencentes à República, ainda mesmo que residam fora do país. Agindo, como Tribunal da Justiça, as suas decisões definitivas têm força de sentença judicial.

³³⁶ MASAGÃO, Mario, op. cit., p. 156-157.

³³⁷ FAGUNDES, Miguel Seabra, op. cit., p. 120.

³³⁸ Aferrando-se ao verbo *julgar* constante no art. 71, II, há corrente minoritária que insiste no caráter jurisdicional de tal atividade. Nesse sentido: SANTANA, Jair Eduardo; MELO, Verônica Vaz de. Considerações acerca da natureza jurídica das decisões emanadas dos Tribunais de Contas. **Biblioteca Digital Fórum Administrativo Direito Público FA**, Belo Horizonte, ano 10, n. 111, maio 2010. Disponível em: <<http://www.editoraforum.com.br/bid/bidConteudoShow.aspx?idConteudo=67008>>. Acesso em: 8 junho 2013; ALMEIDA, Paulistein Aureliano de. Natureza jurídica dos Tribunais de Contas, no Brasil. **Biblioteca Digital Fórum de Contratação e Gestão Pública – FCGP**, Belo Horizonte, ano 6, n. 71, nov. 2007. Disponível em: <<http://www.editoraforum.com.br/bid/bidConteudoShow.aspx?idConteudo=48433>>. Acesso em: 2 março 2013.

³³⁹ LIMA, Ruy Cirne. **Princípios de direito administrativo brasileiro**. 3. ed. Porto Alegre: Sulina, 1954. p. 209; MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**, op. cit., p. 733-734; MEDAUAR, Odete. **Controle da administração pública**, op. cit., p. 144-146; JUSTEN FILHO, Marçal, op. cit., p. 1003.

Sobre a revisibilidade das decisões dos tribunais de contas pelo Judiciário, desde a Constituição de 1891, é uma possibilidade reconhecida. Na compreensão de Pedro Lessa:

[...] às pessoas julgadas responsáveis por débitos de qualquer origem para com a União pelo Tribunal de Contas, é sempre facultado fazer valer o seu direito perante os juizes federaes, não se podendo attribuir às decisões desse tribunal a mesma efficacia juridica adjectivada às dos tribunaes do contencioso administrativo no periodo imperial. Nas questões judiciais discutidas perante a justiça federal, as sentenças do Tribunal de Contas só tem o valor juridico de informações, posto que muito preciosas, de esclarecimentos, embora de um valor inestimavel. Reputar definitiva e irrevogavelmente julgadas pelo tribunal de contas as questões suscitadas entre a União e as pessoas para com ella responsáveis, fôra infringir inquestionavelmente as claras e peremptorias normas do artigo 60, letras *b)* e *c)*, da Constituição [de 1891]³⁴⁰. (conforme o original)

Se por um lado dizer que as decisões dos tribunais de contas possuem natureza administrativa não seja por si um desprestígio³⁴¹, por outro é inegável que essa situação abrande a eficácia de seus provimentos, podendo levá-los à disfuncionalidade. A permanente sombra da revisão judicial pode interferir no funcionamento da instituição, haja vista a possibilidade de deferimento de tutelas de urgência e, eventualmente, a inaptidão técnica para se julgar certos aspectos da gestão pública. Desse modo,

[...] muitas vezes o Judiciário funciona como indevido instrumento para evitar a efetividade das decisões das Cortes de Contas. Se, por um lado, em não raras situações, as aprovações de contas de administradores têm se mostrado equivocadas, o que se constata, por vezes, nas ações de improbidade, nas ações civis públicas movidas pelos órgãos do Ministério Público, em outras tantas circunstâncias, o Judiciário vem funcionando como palco para que autores de alcance contra o erário público, responsáveis por aplicações irregulares de verbas, se furtem de assumir as decorrentes obrigações ou, pelo menos, procrastinem ao máximo o cumprimento desses deveres³⁴².

No âmbito jurisprudencial, assinala-se certa autocontenção na revisibilidade judicial das decisões das Cortes de Contas, limitando o julgamento a questões formais ou ilegalidades manifestas³⁴³, o que não deixa de ser uma deferência à qualidade das apreciações técnicas da instituição.

³⁴⁰ LESSA, Pedro, op. cit., p. 149.

³⁴¹ MEDAUAR, Odete. **Controle da administração pública**, op. cit., p. 144-146.

³⁴² CAVALCANTI, Francisco de Queiroz Bezerra. Da necessidade de aperfeiçoamento do controle judicial sobre a atuação dos Tribunais de Contas visando a assegurar a efetividade do sistema. **Revista do Tribunal de Contas da União**, Brasília, ano 38, n. 108, p. 15-16, jan./abr. 2007.

³⁴³ "Ao apurar o alcance dos responsáveis pelos dinheiros públicos, o Tribunal de Contas pratica ato insusceptível de revisão na via judicial a não ser quanto a seu aspecto formal ou tísna de ilegalidade manifesta". BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Segurança nº. 7280**, Pleno. Relator: Ministro Henrique D'Avila. Brasília, DF, 20 de junho de 1960. Disponível em <www.stf.jus.br>. Acesso em 20 jun. 2013; "Os julgamentos do Tribunal de Contas, no uso da atribuição conferida pelo art. 77 da Constituição [de 1946], só poderão ser cassados por mandado de segurança quando resultem em ilegalidade manifesta ou abuso de poder".

Outra relativização às decisões dos tribunais de contas, é que as mesmas não vinculam negativamente os sujeitos ativos da ação de improbidade administrativa, cujas sanções independem das conclusões das cortes de contas [art. 21, II da Lei nº. 8.429/92]. Então, uma situação contraditória pode surgir: a corte de contas julgar regular determinado comportamento administrativo e essa conclusão não ser suficiente sequer para barrar o ajuizamento de ação de improbidade administrativa³⁴⁴.

Finalmente, as decisões dos tribunais de contas são dotadas de força executiva de título extrajudicial [art. 71, § 3º da Constituição; art. 23, III, "b" e 24 da Lei nº. 8.443/92]³⁴⁵. Interessante ressaltar que até as sentenças arbitrais possuem força executiva superior, por serem títulos executivos judiciais [art. 475-N, IV do CPC]³⁴⁶.

4.3.3 Conselho Nacional de Justiça

Criado pela Emenda Constitucional nº. 45, compete ao Conselho Nacional de Justiça o controle da atuação administrativa e financeira do Judiciário e do cumprimento dos deveres funcionais dos juízes [art. 103-B, § 4º da Constituição]. O foco da instituição no controle é justificado por José Adércio Leite Sampaio do seguinte modo,

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Segurança nº. 5490**, Pleno. Relator: Ministro Antônio Villas Boas. Brasília, DF, 20 de agosto de 1958. Disponível em <www.stf.jus.br>. Acesso em 20 jun. 2013. No sentido oposto, minoritariamente,: "O TCU só formalmente não é órgão do Poder Judiciário. Suas decisões transitam em julgado e tem, portanto, natureza prejudicial para o juízo não especializado". BRASIL. Tribunal Regional Federal da 1ª. Região. **Apelação Cível nº. 8901239930**, Terceira Turma. Relator: Juiz Adhemar Maciel. Brasília, 14 de setembro de 1992. Disponível em: <www.jf.jus.br>. Acesso em 20 jul. 2013.

³⁴⁴ "O controle exercido pelo Tribunal de Contas, não é jurisdicional, por isso que não há qualquer vinculação da decisão proferida pelo órgão de controle e a possibilidade de ser o ato impugnado em sede de ação de improbidade administrativa, sujeita ao controle do Poder Judiciário, consoante expressa previsão do art. 21, inc. II, da Lei nº 8.429/92. Precedentes: REsp 285305/DF, Primeira Turma, julgado em 20/11/2007, DJ 13/12/2007 p. 323; REsp 880662/MG, Segunda Turma, julgado em 15/02/2007, DJ 01/03/2007 p. 255; REsp 1038762/RJ, Segunda Turma, julgado em 18/08/2009, DJe 31/08/2009". BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº. 1032732/CE**. Primeira Turma. Relator: Ministro Luiz Fux. Brasília, DF, 19 de novembro de 2009. Disponível em: <www.jf.jus.br>. Acesso em 20 jul. 2013

³⁴⁵ Como a decisão, por si, já é título executivo, não há necessidade de sua inscrição em dívida ativa. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo em Recurso Especial nº. 201200963021**. Segunda Turma. Relator: Ministro Mauro Campbell Marques. Brasília, DF, 6 de agosto de 2012. Disponível em: <www.jf.jus.br>. Acesso em 20 jul. 2013.

³⁴⁶ Isso tem reflexos práticos, uma vez que a defesa em execução baseada em título judicial [aqui, sentença arbitral] só pode abranger as matérias previstas no art. 475-L do CPC somada a temas específicos da Lei 9.307/96; já na execução de título extrajudicial [o caso das decisões do tribunal de contas], o rol de defesas é amplo, consoante art. 745 do CPC.

Talvez porque o Judiciário brasileiro já o fosse bastante [independente] e, bem ao contrário, faziam-se necessárias medidas de fiscalização e de contrapartida de *accountability* à prerrogativa autonômica que possuía apenas mecanismos corporativos de responsabilização dos juízes desidiosos, incapazes ou corruptos, acompanhado de uma quase irresponsabilidade disciplinar dos integrantes dos tribunais. Eram esses portadores de uma independência quase incontestável que, por sua vez, exerciam o poder disciplinar sobre os juízes de primeira instância, o que possibilitava o uso desse poder no sentido de aprisioná-los em relações de favores e de faccionismos corporativos ou de enquadramentos ideológicos e jurisprudenciais que, a um só tempo, neutralizam a independência judiciária interna e a imparcialidade, reduzem a eficácia da atividade-fim jurisdicional e comprometem a imagem pública do Poder³⁴⁷.

Na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº. 3.367/DF, o Supremo Tribunal Federal declarou constitucional a criação do Conselho Nacional de Justiça, aduzindo que se trata de um órgão do Judiciário sem competências jurisdicionais. O voto do ministro Eros Grau é esclarecedor:

De resto - e este ponto é de fundamental importância - ao Conselho Nacional de Justiça não é atribuída competência nenhuma que permita a sua interferência na independência funcional do magistrado. Cabe a ele, exclusivamente, o 'controle da atuação administrativa e financeira do Poder Judiciário e do cumprimento dos deveres funcionais dos juízes', nada mais do que isso. Sua presença, como órgão do Poder Judiciário, no modelo brasileiro de harmonia e equilíbrio entre os poderes, não conformará nem informará - nem mesmo afetará - o dever-poder de decidir conforme a Constituição e as leis que vincula os membros da magistratura. O controle que exercerá está adstrito ao plano 'da atuação administrativa e financeira do Poder Judiciário e do cumprimento dos deveres funcionais dos juízes'. Embora órgão integrante do Poder Judiciário - razão pela qual desempenha autêntico controle interno - não exerce função jurisdicional³⁴⁸.

Mas a fronteira entre atividade administrativa e jurisdicional nem sempre é bem demarcada. Exemplificadamente, o Conselho Nacional de Justiça ordenou que todos os magistrados do país deveriam se cadastrar junto ao Banco Central para, quando fossem fazer penhoras de ativos financeiros, utilizassem o sistema eletrônico BACENJUD, e não mais por meio de ofícios. Seria o cadastro obrigatório um ato de controle administrativo - e, por isso, dentro das competências do Conselho Nacional de Justiça - ou um ato jurisdicional?

³⁴⁷ SAMPAIO, José Adércio Leite. **O Conselho Nacional de Justiça e a independência do Judiciário**. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. p. 273-274.

³⁴⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº. 3367**, Pleno. Relator: Ministro Cezar Peluzo. Brasília, 13 de abril de 2005. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em 20 jul. 2013.

Depois de amplo debate, o pleno do Supremo Tribunal Federal concluiu, por maioria, que esse cadastramento não ofendia a independência dos magistrados, por apenas operacionalizar a execução de uma ordem judicial³⁴⁹.

Noutros casos, a interferência em decisões jurisdicionais é explícita.

Quando o Conselho Nacional de Justiça ordenou, via resolução, a realização de concurso público para substituição de ocupantes irregulares de cartórios extrajudiciais, o Supremo reafirmou que não compete ao Conselho Nacional de Justiça, quer colegialmente, quer mediante atuação monocrática de seus conselheiros, fiscalizar, reexaminar e suspender os efeitos decorrentes de atos de conteúdo jurisdicional emanados de magistrados e tribunais. Os reflexos de uma decisão jurisdicional devem ser objeto de recurso; já a conduta funcional do magistrado, esta sim, pode ser apreciada pelo Conselho Nacional de Justiça³⁵⁰.

De modo geral, o Conselho Nacional de Justiça é refratário à tentativas de servir de via recursal para as partes³⁵¹. Mas, em casos especiais, onde vislumbra teratologia, deferem-se liminares suspendendo atos jurisdicionais. A conferir a seguinte decisão, referendada por maioria de votos:

A linha divisória entre a decisão judicial ativa e a que desborda do razoável, tornando-se teratológica, é fácil de distinguir quando o conjunto das circunstâncias objetivas e subjetivas corroboram o ato jurisdicional. Na vigência do AI5 assegurar a vida e liberdade de pessoas por meio de sentenças judiciais, a altivez saltava aos olhos. Em plena democracia, o denodo de juízes para cumprimento de decisões atinentes à saúde de pessoas que estão à mercê de falhas inaceitáveis do serviço público de saúde, sói ser denotativo de intenso compromisso com os valores que fundamentam a organização política brasileira. Todavia, são situações excepcionais, raras no cotidiano forense que é feito de prudência e lhanza firme.

Na rotina do Fórum não há situações que exigem pressa quase afobada e uso de meios violentos para a ruptura de obstáculos físicos como cercas, portões, portas, cofres, paredes. Os direitos podem ser garantidos e as obrigações adimplidas a tempo e modo sem a grandiloquência heróica das situações difíceis. É assim que vejo a liça posta pelo Banco Itaú a apreciação da Corregedoria Nacional de Justiça.

Partes hiperssuficientes – pessoas jurídicas - litigam acerca de valores milionários. Nenhuma delas carece do dinheiro para alimentar-se amanhã, em desespero como ocorre, às vezes, na seara das lides de família. A efetivação da transferência de quase

³⁴⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Segurança nº. 27621/DF**, Pleno. Relator para acórdão: Ministro Ricardo Lewandowski. Brasília, 07 de dezembro de 2011. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em 20 jul. 2013.

³⁵⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Segurança nº. 28611/DF**, Pleno. Relator: Ministro Celso de Mello. Brasília, 14 de outubro de 2010. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em 20 jul. 2013.

³⁵¹ Por exemplo: "Conselho Nacional de Justiça. Ausência de competência jurisdicional originária ou revisora. Impossibilidade de controle do mérito da atividade jurisdicional dos magistrados. Competência constitucional para zelar pela autonomia do Poder Judiciário e pela observância dos princípios da eficiência (CF, art. 37, caput) e da razoável duração do processo e celeridade (CF, art. 5º, LXXVIII). Demora no julgamento pelo Plenário do Tribunal do Júri atribuída à legislação processual e complexidade do feito. Inexistência de responsabilidade dos magistrados. Arquivamento". BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Pedido de Providências nº. 16, Pleno. Relator: Conselheiro Alexandre de Moraes. Brasília, 13 de setembro de 2005. Disponível em: <www.cnj.jus.br>. Acesso em 20 nov. 2013.

130 milhões de reais para conta judicial e de cinco milhões decorrentes de astreinte não parece ser urgente, imperiosa.

[...]

Assim, o acolhimento parcial da medida cautelar apresentada pelo Requerente se destina a assegurar que se possa trazer à compreensão leiga – fonte de legitimação do Poder Judiciário – os motivos que levaram o magistrado requerido a determinar medidas tão severas e incomuns.

Dest'arte, com essas considerações, nos termos do art. 25, XI do Regimento Interno do Conselho Nacional de Justiça, ad referendum do Plenário, visando preservar o decoro do Poder Judiciário, SUSPENDO ATÉ ULTERIOR DELIBERAÇÃO os atos do magistrado requerido que possam implicar em perda da posse dos valores pertencentes ao Requerente já bloqueados nos autos supracitados³⁵².

A situação é delicada, uma vez que ilícitos funcionais podem se materializar em atos jurisdicionais típicos, com dano às partes. Por outro lado, nosso sistema recursal é bastante generoso em meios de suspensão de decisões judiciais. Sem prejuízo da responsabilização funcional, parece ofensivo à independência do Judiciário que um órgão administrativo converta-se em instância revisional autônoma, sob argumento de teratologia. Esse, inclusive, foi o fundamento do voto vencido no caso retro.

Ainda dentro da seara disciplinar, deve ser mencionada recente polêmica acerca da constitucionalidade de previsão regimental que autoriza a requisição de dados, sigilosos ou não, à autoridades fiscais, monetárias e outras, o que teria sido feito pela Corregedoria do Conselho Nacional de Justiça³⁵³. O tema pende de definição, tendo o Supremo Tribunal Federal deferido liminar suspendendo tais procedimentos investigatórios, aduzindo que diligências dessa natureza exigem decisão judicial e o Conselho Nacional de Justiça é um órgão administrativo³⁵⁴.

Em suma, o Supremo Tribunal Federal reconheceu o Conselho Nacional de Justiça como um órgão administrativo, interno ao Judiciário, mas sem jurisdição e, em tese, incapaz de interferir em atos jurisdicionais típicos. Entretanto, há situações em que as balizas entre a independência dos juízes e o espaço do controle administrativo confundem-se, podendo-se levar à conclusão de que o Conselho Nacional de Justiça estaria exercendo indevida função jurisdicional.

³⁵² BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Medida Liminar em Reclamação Disciplinar nº. - 0004319-84.2013.2.00.0000**, Pleno. Relator: Conselheiro Guilherme Calmon Nogueira da Gama. Brasília, 06 de agosto de 2013. Disponível em: <www.cnj.jus.br>. Acesso em 20 nov. 2013.

³⁵³ Art. 8º Compete ao Corregedor Nacional de Justiça, além de outras atribuições que lhe forem conferidas pelo Estatuto da Magistratura: [...] V - requisitar das autoridades fiscais, monetárias e de outras autoridades competentes informações, exames, perícias ou documentos, sigilosos ou não, imprescindíveis ao esclarecimento de processos ou procedimentos submetidos à sua apreciação, dando conhecimento ao Plenário;

³⁵⁴ O assunto é tema dos Mandados de Segurança nºs. 31083 e 31085, cuja liminar ainda não referendada pelo Pleno.

5 A CRISE DA JUSTIÇA ADMINISTRATIVA BRASILEIRA E A BUSCA DE ALTERNATIVAS

5.1 Aspectos gerais

Lembra Diogo de Figueiredo Moreira Neto que, ao contrário das funções legislativa e judicial, as quais assinalavam uma crescente harmonização entre sociedade e Estado, com o desenvolvimento dos direitos fundamentais e do primado da cidadania, a função administrativa permaneceu refratária, sustentando ainda, por muito tempo, a velha postura imperativa, herdada dos tempos do absolutismo, impérvia à absorção dos valores liberais e democráticos, arraigada em conceitos como “razões de Estado” e “supremacia do interesse público”³⁵⁵.

Esse fechamento ao diálogo, às reclamações e lamentos dos administrados, fez com que toda a insatisfação desses convergisse para o único canal disponível - o sistema judicial. De certo modo, a Administração renegou o valor justiça, lendo-o como exclusividade do Judiciário. Esse erro de avaliação é apontado por Odete Medauar:

[d]iferentemente do pensamento que associa justiça, de modo exclusivo, ao Poder Judiciário, coloca-se uma postura que atribui também à Administração uma tarefa de justiça. Tal postura importa em mudança das condutas administrativas inertes ou negligentes, movidos por má-fé ou não, no atendimento de direitos (muitas vezes cristalinos) de cidadãos ou funcionários. Muito comuns se tornaram frases e comentários, em tom de jactância, do seguinte teor: 'Se acha que tem direitos, vá procurá-los no Judiciário', como se a função administrativa pudesse permanecer alheia a direitos dos indivíduos, como se fosse meritório deixar de reconhecer direito de alguém³⁵⁶.

No ambiente posterior à Constituição de 1988, a maior conscientização acerca dos direitos individuais, a facilitação do acesso à justiça fizeram com que milhões de pessoas recorressem ao Judiciário - a maior parte, processando o Poder Público - com o fito de desbloquear contas bancárias, corrigir saldo de FGTS, revisar e conceder benefícios previdenciários, buscando tratamentos de saúde, tudo, enfim, desaguou - e ainda deságua - na

³⁵⁵ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Novas tendências da democracia: consenso e direito público na virada do século: o caso brasileiro. **Revista Brasileira de Direito Público**, Belo Horizonte, ano 1, n. 3, p. 39. out/dez 2003.

³⁵⁶ MEDAUAR, Odete. **A processualidade no Direito Administrativo**, op. cit., p. 71.

via judicial, atravancando um já combalido sistema. Aclarou Ada Pellegrini Grinover, em palestra, apenas dois anos após a promulgação da atual Constituição,

A crise da Justiça está na ordem do dia: dissemina-se e serpenteia pelo corpo social, como insatisfação dos consumidores de Justiça, assumindo as vestes do descrédito nas instituições; atinge os operadores do direito e os próprios magistrados, como que impotentes perante a complexidade dos problemas que afligem o exercício da função jurisdicional; desdobra-se em greves e protestos de seus servidores; ricocheteia, enfim, pelas páginas da imprensa e ressoa pelos canais de comunicação de massa, assumindo dimensões alarmantes e estimulando a litigiosidade latente. A Justiça é inacessível, cara, complicada, lenta, inadequação. A Justiça é denegação de Justiça. A Justiça é injusta. Não existe justiça³⁵⁷.

E, uma vez judicializada a controvérsia, a postura da agora ré Administração é ler o princípio da legalidade e indisponibilidade como obstáculo ao reconhecimento do pedido ou uso de soluções consensuais para o litígio. Entretanto,

[...] não se pode olvidar que o princípio da legalidade implica no dever de obediência das previsões normativas, inconvenientes ou não. Constatando que o particular tem razão em determinado conflito, automaticamente surge o dever de a Administração submeter-se, ainda que isso implique em dispêndio de recursos. Afinal, a lógica que deveria imperar seria a de a Administração Pública cumprir suas obrigações espontaneamente e não por coação judicial. Há reprovação qualificada (justamente porque constitucional) à postura consistente em, ao concluir que a posição jurídica do particular é correta, não dar guarida à mesma, valendo-se de artifícios ou subterfúgios para subtrair-se de tal dever³⁵⁸.

Atualmente, o setor público persiste como o maior usuário do sistema judiciário, envolvido em 51,5% dos processos em trâmite, dos quais 22,33% referem-se ao INSS, o maior litigante individual³⁵⁹.

Tamanha beligerância produz elevados custos e demora. Sofre-se, também, com os desafios de se lidar com assuntos técnicos, apreciados por órgãos judiciários não especializados e uma jurisprudência que demora a se consolidar. A resultante é que a justiça administrativa não leva à pacificação social, e sim à indignação dos cidadãos.

³⁵⁷ GRINOVER, Ada Pellegrini, “A crise do Poder Judiciário”. In GRINOVER, Ada Pellegrini. **O processo em evolução**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1996. p. 20-21.

³⁵⁸ Entretanto, não se pode olvidar que o princípio da legalidade implica no dever de obediência das previsões normativas, inconvenientes ou não. Constatando que o particular tem razão em determinado conflito, automaticamente surge o dever de a Administração submeter-se, ainda que isso implique em dispêndio de recursos. Afinal, a lógica que deveria imperar seria a de a Administração Pública cumprir suas obrigações espontaneamente e não por coação judicial. Há reprovação qualificada (justamente porque constitucional) à postura consistente em, ao concluir que a posição jurídica do particular é correta, não dar guarida à mesma, valendo-se de artifícios ou subterfúgios para subtrair-se de tal dever. TALAMINI, Eduardo. **A (in)disponibilidade do interesse público conseqüências processuais**: composições em juízo, prerrogativas processuais, arbitragem e ação monitória. Revista de Processo, São Paulo, a. 30, v. 128, out. 2005, p. 59-77.

³⁵⁹ Isto é, 1.570.012 processos em números de 2011. CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Os cem maiores litigantes**. Brasília, mar. 2011. Disponível em: <www.cnj.jus.br>. Acesso em: 10 jun. 2013.

Em estudo comparativo, o Conselho Nacional de Justiça concluiu que o Judiciário brasileiro, confrontado com os de outros trinta e nove países: (i) possui o maior orçamento em relação ao Produto Interno Bruto - 1,46%; (ii) tem a segunda maior carga de trabalho por juiz - 4.616 processos por magistrado; (iii) a maior taxa de congestionamento [70%], muito embora esteja em terceiro lugar em termos de produtividade³⁶⁰. E, não bastasse todos os esforços de otimização, cumprimento de metas e investimentos, no último ano, a capacidade de resolução dos processos reduziu-se, ao passo que o ingresso de novos casos cresceu³⁶¹.

Em face desses sinais de exaurimento, a minimização dos problemas do Judiciário em geral e da justiça administrativa em particular passam necessariamente pela mudança cultural, abandonando a judicialização extrema, - que deve ser evitada tanto quanto possível - em favor de mecanismos extrajudiciais de resolução de conflitos; a Administração Pública precisa abrir-se ao diálogo.

5.2 A Administração Pública e os mecanismos alternativos de resolução de conflitos

Adverte Cândido Rangel Dinamarco que "[a] exagerada valorização da tutela jurisdicional estatal, a ponto de afastar ou menosprezar o valor de outros meios de pacificar, constitui um desvio de perspectiva a ser evitado"³⁶². É que a tutela jurisdicional não é a única via possível, mas uma dentre várias aptas à solução justa dos litígios, ainda que estejamos falando de Administração Pública.

Em 2001, o Conselho da Europa recomendou a seus países-membros a promoção de meios alternativos para solução de disputas administrativas, com base nas premissas:

- o excesso de demanda torna os tribunais judiciários incapazes em resolver os processos dentro um prazo razoável;
- nem sempre o processo judicial é o meio mais adequado para resolver disputas administrativas, pois os meios alternativos ganham em flexibilidade, custo, tempo e discrição;

³⁶⁰ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Estudo comparado sobre recursos, litigiosidade, e produtividade:** a prestação jurisdicional no contexto internacional. Brasília, nov. 2011. Disponível em: < http://www.cnj.jus.br/images/pesquisas-judiciarias/relat_estudo_comp_inter.pdf>. Acesso em 10 nov. 2013.

³⁶¹ O comparativo entre encerramento de processos (baixa) e ingresso de novos casos têm elevado o congestionamento constantemente, desde 2011. CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Justiça em números 2013:** ano-base 2012. Brasília: CNJ, 2013. p. 300.

³⁶² DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil**, op. cit., p. 137.

- os meios alternativos podem servir como instrumento de aproximação entre autoridades administrativas e o público em geral, abrandando a litigiosidade. Por outro lado, os meios alternativos devem respeitar a igualdade, imparcialidade e o direitos das partes, preservando o acesso à via judicial enquanto derradeira garantia dos particulares e da própria Administração³⁶³.

No mesmo caminho, o Código Modelo de Processos Administrativos para a Ibero-América dedica o Capítulo VII a outros meios adequados de solução de conflitos, mencionando a arbitragem, conciliação, mediação, transação e composição amigável. Prevê, também, o dever de obediência à legalidade, isonomia, transigibilidade e a revisão judicial em certas hipóteses³⁶⁴. Na França, Inglaterra e Alemanha há previsões semelhantes³⁶⁵.

A despeito de, no Brasil, não existir uma legislação geral sobre o tema, há manifestações fragmentadas - algumas bastante antigas, como os acordos em desapropriação³⁶⁶ -, esporádicas menções à transação, arbitragem e outras bem recentes, como o art. 52 da Lei 12.663/12³⁶⁷.

Devem ser destacadas iniciativas ulteriores à Reforma do Judiciário. No I Pacto Republicano, por um sistema de justiça mais acessível, ágil e efetivo, recomendou-se a busca de coerência entre a atuação administrativa com orientações jurisprudenciais já pacificadas³⁶⁸. No II Pacto, os compromissos foram: “d) fortalecer a mediação e a conciliação, estimulando a resolução de conflitos por meios autocompositivos, voltados à maior pacificação social e

³⁶³ CONSELHO DA EUROPA. Comitê de Ministros. **Recommendation Rec(2001)9 of the Committee of Ministers to member states on alternatives to litigation between administrative authorities and private parties (Adopted by the Committee of Ministers on 5 September 2001 at the 762nd meeting of the Ministers' Deputies)**. Disponível em: <<https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?id=220409&Site=COE>>. Acesso em 20 jul. 2013.

³⁶⁴ INSTITUTO IBERO-AMERICANO DE DIREITO PROCESSUAL. **Código Modelo de Processos Administrativos – Judicial e Extrajudicial – para Ibero-América**, Buenos Aires, 2012. Disponível em: <<http://www.nupej.uff.br>>. Acesso em: 19 abr. 2013.

³⁶⁵ Na França, os presidentes dos tribunais podem designar pessoa para tentar conciliar as partes [art. L211-4 do Código de Justiça Administrativa]; na Alemanha, O Código de Jurisdição Administrativa conta com previsão semelhante referente à transação [§ 106]. Por fim, na Inglaterra, os *alternative dispute resolution* - ADR - são possíveis, mas a verificação de seu cabimento deve ser feita mediante análise da decisão combatida, diante do caso concreto TREASURY SOLICITOR'S DEPARTMENT. **The judge over your shoulder**, op. cit., p. 29.

³⁶⁶ Decreto-lei n.º. 3.365/41. A desapropriação deverá efetivar-se mediante acordo ou intentar-se judicialmente, dentro de cinco anos, contados da data da expedição do respectivo decreto e findos os quais este caducará.

³⁶⁷ Dispõem que as controvérsias entre a União e a FIFA, Subsidiárias FIFA no Brasil, seus representantes legais, empregados ou consultores, cujo objeto verse sobre a Copa do Mundo de 2014, poderão ser resolvidas pela Advocacia-Geral da União, em sede administrativa, mediante conciliação.

³⁶⁸ "10. Coerência entre a atuação administrativa e as orientações jurisprudenciais já pacificadas. Será desenvolvido grande esforço, sob a coordenação da Advocacia-Geral da União, para que as normas e condutas administrativas sejam adequadas às diretrizes já pacificadas no Supremo Tribunal Federal e nos Tribunais Superiores. Este processo visará prevenir a multiplicação de demandas em torno do mesmo tema. [...] A Advocacia-Geral da União editará as súmulas administrativas que entender necessárias para a viabilização do presente compromisso". BRASIL. **Pacto de Estado em favor de um Judiciário mais rápido e republicano**. Disponível em <<http://www.trf4.jus.br>>. Acesso em 10 jun. 2012.

menor judicialização” e “e) ampliar a edição de súmulas administrativas e a constituição de Câmaras de Conciliação”³⁶⁹.

Até o INSS tem procurado readequar seu modo de gerir litígios, por meio do Programa de Redução de Demandas Judiciais [Portaria Interministerial AGU/MPS nº. 08/08]. Objetiva-se terminar os conflitos em matéria previdenciária por meio da consolidação da interpretação da legislação previdenciária a ser uniformemente seguida pelas agências da Previdência Social e pelos procuradores federais que representam o INSS em juízo ou que prestam assessoramento jurídico [art. 1º, § único].

Trata-se, sem dúvida, de uma virada na direção da consensualidade, aqui entendida como a substituição da imposição unilateral - tradicionalmente ditos de "império" - por mecanismos de consenso. Ou seja, ferramentas propiciadoras do acordo entre os sujeitos envolvidos na ação administrativa, tanto os governantes como os governados, sobre as bases da ordem a que estarão submetidos, respeitando-se os limites da legalidade³⁷⁰. Com o consenso e participação, a Administração passa ao papel de mediadora, dirimindo e compondo conflitos de interesses, melhor conhecendo e lidando com as desavenças e aspirações da sociedade³⁷¹.

Entretanto, deve-se grifar: não se trata de privatizar a justiça ou o interesse público. O papel dos mecanismos alternativos é disponibilizar ferramentas, opções, que podem ser mais ou menos úteis a cada tipo de litígio. Entre a judicialização ou não de todo e qualquer conflito, há um considerável espaço de manobra que comporta respostas simples e baratas como a transação, bem como outras tecnicamente mais desafiadoras, como a arbitragem³⁷².

No presente tópico, serão apresentados três exemplos desses mecanismos alternativos à judicialização, a saber: (i) transação judicial e extrajudicial, (ii) arbitragem em contratos administrativos (iii) a Câmara de Conciliação e Arbitragem da Administração Federal - CCAF e o Comitê Interinstitucional de Resolução Administrativa da Demandas de Saúde - CIRADS. O primeiro foi selecionado por seu uso disseminado, em termos quantitativos; o segundo, pela polêmica que o envolve; e o terceiro, por sua criatividade, já

³⁶⁹ BRASIL. **II Pacto de Estado em favor de um Judiciário mais rápido e republicano**. Disponível em < <http://www.trf4.jus.br>>. Acesso em 10 jun. 2012.

³⁷⁰ ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de. Mecanismos de consenso no direito administrativo. In ARAGÃO, Alexandre Santos de; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (Coord.). **Direito administrativo e seus novos paradigmas**. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 337.

³⁷¹ MEDAUAR, Odete, **O Direito Administrativo em evolução**, op. cit., p. 211.

³⁷² Como se verá adiante, fazem-se necessárias algumas adaptações, posto que os ditos mecanismos alternativos devem ser compatibilizados com as regras de controle da Administração Pública e demais princípios pertinentes, notadamente, a publicidade.

que se baseou em previsões legais e institutos preexistentes para a implantação de uma prática inovadora.

5.2.1 Transação judicial e extrajudicial

Conforme o Código Civil, a transação é o meio pelo qual os interessados, no que se refere a direitos patrimoniais de caráter privado, previnem ou terminam litígio mediante concessões mútuas [art. 840 e 841]. É justamente o caráter público, e não privado, dos direitos envolvidos, a objeção esgrimida contra seu uso por parte da Administração.

Onofre Alves Batista Júnior busca as fontes da transação pública na Constituição de 1988. Nas suas palavras,

[...] é do espírito da CRFB/88 a necessidade de serem buscadas soluções consensuais e pacíficas. É desiderato constitucional a busca da paz e o afastamento de controvérsias. É viés constitucional marcante a solução consensual de conflitos; daí, é do espírito constitucional a determinação de soluções por meio de arbitragens, transações, etc. Mais do que isso, pode-se afirmar que o mandamento constitucional de eficiência administrativa determina a busca da melhor solução, que pode, em inúmeras situações, ser obtida mediante transação.

Os princípios constitucionais da eficiência administrativa e da razoabilidade fundamentam mais diretamente a celebração dos contratos de transação lato sensu. Se a formação de uma administração democrática exige a participação do administrado, na mesma direção, são razões pragmáticas que justificam e muitas vezes exigem, em nome da eficiência administrativa, a busca de soluções acordadas. [...]

A invocação da legalidade, por si, não serve como razão para inviabilizar a celebração de contratos administrativos alternativos. Os ideais garantísticos isolados não pode assegurar a ineficiência em detrimento do bem comum³⁷³.

No mesmo pensar, Romeu Felipe Bacellar Filho sustenta que a Administração pode celebrar acordos e transacionar com o fito de evitar litígios, que somente prejudicariam o bom andamento das atividades públicas. E conclui:

A transação pressupõe a existência de um espaço de conformação que a lei outorga ao administrador (em outras palavras, discricionariedade) para valorar, no caso concreto, as medidas necessárias para a proteção do interesse público. Transacionar não importa abrir mão do interesse público. A transação existe para permitir a participação dos particulares interessados na solução da contenda³⁷⁴.

³⁷³ BATISTA JÚNIOR., Onofre Alves. **Transações administrativas**. São Paulo: Quartier Latin, 2007. p. 462-463.

³⁷⁴ BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. **Direito administrativo e o novo código civil**. Belo Horizonte: Fórum, 2007. p. 193.

O Supremo Tribunal Federal possui precedente entendendo possível a transação pública, ainda que sem a autorização legislativa específica, mencionada por Romeu Bacellar Filho, contanto que essa medida seja a mais consentânea com o interesse público - na espécie, a terminação de um processo judicial³⁷⁵. O Tribunal de Contas da União também já declarou, em consulta, a regularidade de acordo administrativo mesmo sem lei expressa autorizando-o. Eis a parte conclusiva:

8.1. conhecer da presente consulta, por preencher os requisitos de admissibilidade, para responder à autoridade consulente que a indenização a terceiros, pela Administração Pública, de danos causados por agentes públicos nessa condição pode se dar:

8.1.1. judicialmente, em cumprimento de sentença transitada em julgado;

8.1.2. administrativamente, por meio de processo administrativo devidamente constituído para apuração dos fatos, identificação dos responsáveis e quantificação dos danos efetivamente comprovados, desde que haja dotação orçamentária apropriada, respeitados os princípios orçamentários constitucionais e as regras e limites da legislação específica, em especial aqueles inseridos na Lei do Orçamento Anual;

8.2. informar, ainda, à autoridade consulente, que deve a Administração, em ambas as hipóteses acima citadas, buscar a reparação do valor indenizatório pago mediante regresso contra o agente responsável nos casos de dolo ou culpa, apurados por intermédio de sindicância ou processo administrativo³⁷⁶;

À míngua de uma lei geral sobre transação pública, há várias permissões setoriais, a exemplo das desapropriações por utilidade pública [art. 10 do Decreto-lei nº. 3.365/41] e na Lei da Ação Civil Pública [art. 5º, § 6º da Lei nº. 7.347/85].

Os artigos 1º e 2º, da Lei 9.469/97 autorizaram acordos ou transações em juízo em termos bastante amplos, solicitando a anuência de alguma autoridade mais graduada que o procurador do caso, a depender do valor envolvido.

Há de se mencionar, também, os juizados especiais federais. Criados pela Lei nº. 10.259/01, são voltados para causas de até sessenta salários mínimos envolvendo a

³⁷⁵ " Poder Público. Transação. Validade. Em regra, os bens e o interesse público são indisponíveis, porque pertencem à coletividade. É, por isso, o Administrador, mero gestor da coisa pública, não tem disponibilidade sobre os interesses confiados à sua guarda e realização. Todavia, há casos em que o princípio da indisponibilidade do interesse público deve ser atenuado, mormente quando se tem em vista que a solução adotada pela Administração é a que melhor atenderá à ultimação deste interesse. Assim, tendo o acórdão recorrido concluído pela não onerosidade do acordo celebrado, decidir de forma diversa implicaria o reexame da matéria fático-probatória, o que é vedado nesta instância recursal (Súm. 279/STF). Recurso extraordinário não conhecido". BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº. 283885/MG**, Primeira Turma. Relator: Ministra Ellen Gracie. Brasília, 21 de junho de 2002. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em 20 jul. 2013.

³⁷⁶ BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Processo nº. 007.425/2000-3. Consulta**. Pleno. Relator: Ministro Guilherme Palmeira. Brasília, DF, 24 de janeiro de 2001. Disponível em: <www.tcu.gov.br>. Acesso em 20 jul. 2013.

administração federal direta e indireta, prevendo-se nova autorização genérica à transação, em seu art. 10, § único nos processos de sua competência³⁷⁷.

Apesar de rotineiras nos juizados federais - em 2011, dos 1.182.501 processos distribuídos, 14,9% terminaram com acordos³⁷⁸ - as transações não deixam de ser polêmicas, pois um dos requisitos para que o Poder Público faça o acordo é que o direito da parte autora seja incontroverso³⁷⁹. Principalmente em causas previdenciárias, o que se vê na prática é o reconhecimento - do já então óbvio - direito a um benefício, com um deságio percentual por força do acordo.

Consoante pesquisa do IPEA,

[...] não há consenso quanto à importância da conciliação nos juizados especiais federais. Muito ao contrário, especialmente no que se refere às demandas de natureza previdenciária. Vários magistrados entrevistados, com destaque para os que atuam na 4ª Região, mas também na 3ª, posicionaram-se declaradamente contra a prática da conciliação nos casos de demandas previdenciárias, por percebê-la como uma forma de "barganhar direitos" e por entender que os juizados federais não são um "mercado de desconto de direitos"³⁸⁰.

Essa sistemática pune duas vezes o particular, que já foi vítima de um erro administrativo e agora vê-se abrindo mão de parte de seu direito, premido pela necessidade. Sob a ótica da União, tais transações são comemoradas como economia de recursos públicos: em 2012, 84 mil acordos evitaram o dispêndio de R\$ 282,2 milhões aos cofres públicos³⁸¹.

Outro modelo de transação pública fixa, no próprio texto legislativo, todas as cláusulas do acordo, o modo e condições de pagamento, adesão e formalização padronizados. A única autonomia que a parte privada tem é a de aceitar ou recusar a proposta, não lhe sendo lícito uma adesão parcial e tampouco uma contraproposta. É discutível se realmente está-se diante de uma transação. Para Onofre Alves Batista Júnior, a resposta é negativa:

³⁷⁷ A experiência foi estendida aos estados-membros e municípios por meio da Lei Federal nº. 12.153/09 - Juizados Especiais da Fazenda Pública - prevendo a conciliação, transação ou desistência de processos nos termos e hipóteses previstas na lei do respectivo ente da Federação [art. 8º].

³⁷⁸ INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA. **Acesso à Justiça Federal: dez anos de juizados especiais**. Brasília: CJF, 2012. p. 135.

³⁷⁹ A Portaria nº. 109/07, da Advocacia Geral da União, que atualmente rege a matéria, estabelece as seguintes condições para transação no âmbito dos juizados federais: (a) o valor envolvido não pode ser superior a sessenta salários mínimos; (b) não haver controvérsia quanto aos fatos ou ao direito aplicável; (c) o tema não envolver aplicação de penalidades a servidores públicos, dano moral ou súmula administrativa contrário ao direito do autor.

³⁸⁰ INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA. **Acesso à Justiça Federal: dez anos de juizados especiais**. Brasília: CJF, 2012. p. 137.

³⁸¹ ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO. **Relatório de Gestão 2012**. Brasília, 2013. p. 12. Disponível em: < <http://www.agu.gov.br>>. Acesso em 17 ago. 2013.

[...] a chamada transação legal não é transação, por não retratar qualquer contrato. Na realidade, a lei descreve em detalhes todos os contornos do pretense "contrato", retirando qualquer valoração por parte da Administração, daí sequer contrato de adesão existe. A lei, sim, é que dá vantagem àqueles que adiram aos seus termos, sem qualquer interveniência da Administração³⁸².

A transação legal é muito utilizada em ações repetitivas contra o Poder Público. Em relações jurídicas homogêneas, após se firmar tese contrária aos interesses da Administração, como medida de controle de danos, edita-se lei ou medida provisória reconhecendo o direito, mediante certas condições. Exemplificadamente, os "termos de acordo" ou "termos de transação", como são previstos na legislação³⁸³, já serviram para encerrar milhões de ações ao longo dos anos, sobre assuntos como:

- recomposição do FGTS, com deságio e pagamento parcelado [Lei Complementar nº. 110/01];
- recomposição salarial de 28,86% dos servidores públicos federais, com pagamento parcelado dos atrasados [Medida Provisória nº. 2.169-43/01];
- reajuste de 39,67% dos benefícios previdenciários, também com os atrasados pagos parceladamente [Lei nº. 10.999/04].

As vantagens desse tipo de acordo são a isonomia e publicidade, que podem faltar em outros modos de transação pública. Como desvantagem evidente está a escassez de margens negociáveis.

No que tange à formalização em si, as transações, como os negócios jurídicos em geral, não precisam ser homologados judicialmente, valendo como título executivo extrajudicial [art. 585, II do CPC]. Mas, se as partes preferirem, podem converter o ato em título executivo judicial, buscando a homologação por sentença [art. 475-N, V do CPC].

Malgrado sua natureza especial, a transação legal pode ser anulada acaso presentes vícios tais como erro, dolo, coação, etc., os quais não podem ser presumidos, sob pena de ofensa ao ato jurídico perfeito. Nesse sentido, a Súmula Vinculante nº. 1, do Supremo Tribunal Federal cristalizou que ofende a garantia constitucional do ato jurídico perfeito a decisão que, sem ponderar as circunstâncias do caso concreto, desconsidera a validade e a eficácia de acordo constante de termo de adesão instituído pela Lei Complementar nº 110/2001.

³⁸² BATISTA JÚNIOR, Onofre Alves, op. cit., p. 505.

³⁸³ A nomenclatura não é uniforme na legislação federal, mas de modo geral pode-se afirmar que "termo de adesão" aplica-se quando o interessado não possuir ação judicial em trâmite sobre o objeto do acordo, e "termo de transação" quando há ação em curso. Somente neste caso solicita-se homologação judicial [art. 269, III do CPC].

5.2.2 Arbitragem em contratos administrativos

O Supremo Tribunal Federal, no Agravo de Instrumento nº. 52.181 - "Caso Lage"- reconheceu a possibilidade do uso da arbitragem para resolução de conflitos envolvendo a Administração Pública. Atualmente, há precedentes do Superior Tribunal de Justiça admitindo a arbitragem, notadamente quando envolver sociedades de economia mista³⁸⁴, o que não significa que o tema esteja pacificado, mantendo viva uma polêmica que remonta aos tempos do Império³⁸⁵.

O recente impulso à arbitragem em contratos administrativos, no Brasil, está associado à conjuntura de reforma do Estado e contratualização da prestação de serviços públicos. Nesse cenário, a arbitragem desempenha dupla função: (i) servir de alternativa legítima e adequada para a solução de controvérsias envolvendo contratos com o Estado; (ii) incentivar a participação em contratos públicos, garantindo uma resposta rápida e eficiente, por um árbitro especializado, às eventuais controvérsias, em especial, naqueles de longa duração³⁸⁶.

Até o momento, não existe lei federal geral a respeito de arbitragem envolvendo o Poder Público³⁸⁷, havendo, entretanto, manifestações esporádicas, a exemplo do art. 11, III da Lei Federal nº. 11.079/04 como o art. 23-A da Lei Federal nº. 8.987/95, os quais remetem à Lei de Arbitragem [Lei 9.307/96].

Outras menções à arbitragem estão na Lei nº. 9.478/97, cujo funcionamento virá a ser regulamentado pelo regimento interno da ANP. Já a Lei nº. 10.438/02 atribui à ANEEL – e não a um árbitro – a solução das controvérsias. No setor de telecomunicações, a Lei nº. 9.472/97 prevê arbitragem apenas para conflitos envolvendo interconexão entre redes de comunicação, regulamentada pela Resolução nº. 410/05. Um último exemplo é a Resolução Conjunta nº. 001/99, da ANEEL, ANATEL e ANP, que “[a]prova o Regulamento Conjunto

³⁸⁴ Exemplificadamente: BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo Regimental no Mandado de Segurança nº. 11.308/DF**, Primeira Seção. Relator: Ministro Luiz Fux. Brasília, 28 de julho de 2006. Disponível em: <www.stj.jus.br>. Acesso em 20 jul. 2013; BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº. 904.813/PR**, Terceira Turma. Relatora: Ministra Nancy Andrighi. Brasília, 20 de outubro de 2011. Disponível em: <www.stj.jus.br>. Acesso em 20 jul. 2013.

³⁸⁵ Para um histórico completo: NUNES, José de Castro. **Da Fazenda Pública em juízo**, op. cit., p. 281-285.

³⁸⁶ SALLES, Carlos Alberto de. **A arbitragem na solução de controvérsias contratuais da administração pública**. 2010. Tese (Livre-docência) - Departamento de Direito Processual, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010. p. 116.

³⁸⁷ O Projeto de Lei do Senado nº. 406/2013 acrescenta dois parágrafos ao art. 1º da Lei 9.307/96 permitindo que a Administração use a arbitragem para dirimir conflitos relativos a direitos patrimoniais disponíveis decorrentes de contratos por ela celebrados. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p_cod_mate=114641>. Acesso em 18 nov. 2013.

para Compartilhamento de Infraestrutura entre os Setores de Energia Elétrica, Telecomunicações e Petróleo” e expressamente mencionava arbitragem a ser desempenhada pelas agências reguladoras^{388 389}.

Mas nem sempre que a legislação menciona *arbitragem* está referindo-se ao instituto da Lei nº. 9.307/96, como adverte Dinorá Adelaide Musetti Grotti:

É relevante destacar que, apesar da utilização (imprópria, aliás) do termo arbitragem, trata-se apenas de um procedimento para solução de litígios na esfera administrativa. Corrobora esse entendimento a circunstância de que, por meio desse procedimento, a arbitragem “é feita pela Comissão de Arbitragem composta por três membros nomeados pelo Presidente da ANATEL” (art. 2º, Anexo III, do Regulamento Geral de Interconexão). Seu desenrolar não é sigiloso (art. 5º). Podem dele participar aqueles que sem estar diretamente envolvidos no acordo têm direitos e interesses que possam ser afetados pela decisão a ser adotada; (art. 8º, II). É dever das prestadoras oferecer todas as informações necessárias para a arbitragem de conflitos de Interconexão (art. 7º). A decisão da Comissão está sujeita a recurso ao Conselho Diretor (art. 20), podendo ainda ser objeto de um pedido de reconsideração (art. 24)³⁹⁰.

Vencida a objeção da falta de base legal, cuida-se agora da indisponibilidade do interesse público.

O art. 1º da Lei de Arbitragem limita-a aos direitos patrimoniais disponíveis. Para determinada corrente, submeter o Poder Público à arbitragem implicaria em “abrir mão” do interesse público, pois a Administração não possuiria direitos indisponíveis³⁹¹. A isso, responde-se que não há uma indisponibilidade absoluta, e sim um regime especial de contratação, pagamentos e controle, tanto que a Administração indiscutivelmente pode celebrar contratos típicos e até mesmo atípicos, regidos pelo direito privado. Se é possível o

³⁸⁸ Posteriormente, tal resolução foi substituída pela Resolução Conjunta nº. 002/01, que não mais usou o termo arbitragem, embora mantenha o foco na resolução extrajudicial de conflitos.

³⁸⁹ Outras menções à arbitragem estão nos arts. 35 e 39 da Lei nº. 10.233/01 [transportes aquaviários], art. 21, XI, 24, 48 e 49 da Lei nº. 11.909/09 [gás natural] e art. 62, §1º da Lei nº. 12.815/13 [instalações portuárias].

³⁹⁰ GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. Arbitragem e o setor de telecomunicações no Brasil. **Revista de Direito de Informática e Telecomunicações – RDIT**, Belo Horizonte, ano 2, n. 2, jan./jun. 2007; Disponível em: <HTTP://www.editoraforum.com.br>. Acesso em: 29 novembro 2011.

³⁹¹ “A teoria que sustenta a possibilidade de utilização da arbitragem pela Administração para os interesses disponíveis desta deve ser rechaçada porque a Administração conceitualmente, não possui interesses disponíveis. O chamado interesse público secundário só é juridicamente relevante for coincidente com o primário. Interesse público secundário não coincidente com o primário não é tutelado pelo Direito, não é interesse jurídico [...] De duas, uma: ou o interesse secundário é um interesse primário e, como tal, indisponível, ou não o é e, pois, não pode ser perseguido pela Administração. Assim, a Administração não pode valer-se da arbitragem para perseguir interesses patrimoniais disponíveis porque esses interesses “disponíveis”, sendo não coincidentes com o interesse primário, não são protegidos pelo Direito. Persegui-los, enfim, é atentar contra a ordem jurídica”. MARTINS, Ricardo Marcondes. Arbitragem e Administração Pública: contribuição para sepultamento do tema. **Biblioteca digital Interesse Público – IP**, Belo Horizonte, ano 12, n. 63, nov./dez. 2010. Disponível em <www.editoraforum.com.br>. Acesso em 28 novembro 2011.

mais [contratar], por qual motivo não se poderia o menos [fixar-se uma cláusula compromissória anexa ao contrato]?³⁹²

Por fim, há a advertência de Adilson Dallari,

Assim como o juiz, no processo judicial, deve ser imparcial, também o árbitro deve decidir com imparcialidade. O interesse público não se confunde com o mero interesse da Administração ou da Fazenda Pública: o interesse público está na correta aplicação da lei, e se confunde com a realização concreta da Justiça. Inúmeras vezes, para defender o interesse público, é preciso decidir contra a Administração Pública³⁹³.

Ademais, não se pode falar em prejuízo à indisponibilidade do interesse público, uma vez que isso equivaleria a presumir que o Poder Público seria sempre vencido em tal procedimento. Tanto na arbitragem como num processo judicial, o êxito depende da realidade de cada caso concreto e o árbitro, como lembrado na citação retro, possui o dever de ser imparcial.

Com efeito, o processo arbitral é semelhante - embora mais flexível - ao processo judicial. Por exemplo: (i) a existência do contraditório, respeitada a igualdade das partes [art. 21, § 2º]; (ii) a possibilidade de afastamento do árbitro por suspeição ou impedimento [art. 20]; (iii) instrução probatória [art. 22]; (iv) a sentença deve conter relatório, fundamentação e dispositivo [art. 26]. Finalmente, os árbitros são equiparados a funcionários públicos para fins penais [art.17].

Em síntese, em se tratando de um procedimento adversarial, que culmina com a imposição de uma decisão final que tanto pode ser favorável como desfavorável à Administração, não há como vincular arbitragem à disponibilidade do interesse público.

Não obstante a possibilidade de uso de arbitragem em contratos com a Administração, há algumas limitações jurídicas, concernentes tanto à confidencialidade da arbitragem, como ao julgamento por equidade³⁹⁴.

A confidencialidade não é prevista expressamente na Lei de Arbitragem, que se limita a impor o dever de discrição aos árbitros [art. 13, § 6º]. No setor privado, o sigilo é

³⁹² “A competência para negociar e contratar a respeito de interesses patrimoniais disponíveis de Administração Pública implica na correlata competência para pactuar preventivamente a solução de controvérsias por meio de arbitramento”. MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Arbitragem nos contratos administrativos. **Revista de Direito Administrativo**, n. 209, jul/set 1997, p. 89.

³⁹³ DALLARI, Adilson de Abreu. Arbitragem na concessão de serviço público. **Revista de Informação Legislativa**, n. 128, out./dez. 1995, p.8-9.

³⁹⁴ Questão interessante é saber como se dará a seleção do árbitro, com ou sem licitação. No sentido negativo, fundamentando tanto na autonomia da vontade dos contratantes, como na especialização do serviço [inexigibilidade - art. 25, II da Lei 8.666/93]: SOARES, Carlos H.; LIMA, Daniela Silva; TOLEDO, Luciana Aguiar S. Furtado de. (De)snecessidade de processo licitatório para escolha de Câmara Arbitral. **CEJ**, Brasília, ano XVI, n. 58, p.44-49, set. 2012.

recomendável para evitar danos colaterais, como afugentar clientes ou divulgar segredos e estratégias comerciais. Contudo, quando a Administração toma parte na arbitragem, deve incidir o princípio da publicidade. Leciona Carlos Alberto de Salles que,

[...] a publicidade dos atos da Administração Pública é um dos princípios centrais da atividade administrativa contemporânea. Ele é a propulsora da transparência dos atos da administração e fator indispensável para se garantir a responsividade dos agentes públicos. Não por outra razão, aparece entre os princípios da Administração consagrados no caput do artigo 37 da Constituição Federal do Brasil. À arbitragem, tendo por objeto negócios do Estado, evidentemente, se projeta essa obrigação de publicidade, não sendo possível concebê-la como um campo isento aos controles próprios da Administração Pública³⁹⁵.

No tocante ao julgamento por equidade [e também quanto a escolha da norma aplicável]³⁹⁶, trata-se da possibilidade de se deixar de lado o direito posto e julgar segundo o que parecer justo no caso concreto [art. 2º da Lei de Arbitragem]. Sem maior dificuldade, infere-se que essa opção violaria o princípio da legalidade, a que se submete a Administração, devendo, por isso, ser rejeitada³⁹⁷.

Em resumo, submetendo-se a Administração à arbitragem, esta sofrerá algumas adaptações, sendo necessariamente pública e de direito, ao invés de sigilosa e por equidade, o que derroga, mas não desfigura o instituto³⁹⁸. É por essa senda que o Projeto de Lei nº. 406/2013, de iniciativa do Senado Federal, adapta a Lei de Arbitragem, centrando-se nas três principais objeções ao uso da arbitragem pelo setor público. A conferir:

- ao prescrever expressamente que o uso da arbitragem é possível para dirimir conflitos relativos a direitos patrimoniais disponíveis decorrentes de contratos celebrados pela Administração. Com isso, afasta-se o argumento de falta de autorização legislativa e que todos os direitos da Administração seriam indisponíveis;

³⁹⁵ SALLES, Carlos Alberto de. **A arbitragem na solução de controvérsias contratuais da administração pública**, op. cit., p. 403.

³⁹⁶ Art. 2º A arbitragem poderá ser de direito ou de equidade, a critério das partes.

§ 1º Poderão as partes escolher, livremente, as regras de direito que serão aplicadas na arbitragem, desde que não haja violação aos bons costumes e à ordem pública.

§ 2º Poderão, também, as partes convencionar que a arbitragem se realize com base nos princípios gerais de direito, nos usos e costumes e nas regras internacionais de comércio.

³⁹⁷ Nem mesmo a “crise da legalidade” pode servir de argumento para autorizar o uso da equidade na arbitragem envolvendo o Poder Público. SALLES, Carlos Alberto de. **A arbitragem na solução de controvérsias contratuais da administração pública**, op. cit., p. 372-373.

³⁹⁸ A pioneira Lei Estadual Mineira nº. 19.477/11, que dispõe sobre a adoção do juízo arbitral para a solução de litígio em que o Estado seja parte, fez as seguintes derrogações, dentre outras, ao regramento geral da arbitragem: o processo é obrigatoriamente público e a arbitragem, de direito, isto é, não por equidade [art. 6º]; o árbitro deve integrar “órgão arbitral institucional” [art. 4º]; finalmente, requisitos para a escolha da câmara arbitral, como tempo mínimo de funcionamento, dentre outras [art. 10].

- em atenção ao princípio da publicidade, a arbitragem não poderá ser confidencial;

- por vinculação ao princípio da legalidade, a arbitragem só pode ser de direito e não por equidade³⁹⁹.

Em conclusão, não se pode atribuir à arbitragem o caráter de resolução consensual de conflito, vez que a decisão é adjudicada, imposta às partes por um terceiro [heterocomposição], o que difere conceitualmente de meios autocompositivos como conciliação e transação. Tendo em mente esse teor litigioso⁴⁰⁰, há de se visualizar a consensualidade não em seu rito flexível ou no resultado imposto às partes, mas na opção pela cláusula compromissória, que materializa a preterição da jurisdição estatal em favor de uma corte arbitral. Ou, por outras palavras, o consenso pelo qual o futuro dissenso será resolvido⁴⁰¹.

5.2.3 Câmara de Conciliação e Arbitragem da Administração Federal – CCAF e o Comitê Interinstitucional de Resolução Administrativa da Demandas de Saúde - CIRADS

O objetivo da Câmara de Conciliação e Arbitragem da Administração Federal – CCAF, órgão da Advocacia-Geral da União, é solucionar conflitos institucionais entre Administração Federal direta e indireta. Tais conflitos são cada vez mais comuns, ante a complexidade da organização administrativa e atribuições por vezes conflitantes ou sobrepostas. À toda evidência, também é um mecanismo de consenso, um exemplo do

³⁹⁹ Art. 1º [...]

§ 1º A Administração Pública direta e indireta poderá utilizar-se da arbitragem para dirimir conflitos relativos a direitos patrimoniais disponíveis decorrentes de contratos por ela celebrados.

§ 2º A autoridade ou o órgão competente da Administração Pública direta para a celebração de convenção de arbitragem é a mesma para a realização de acordos ou transações.” (NR)

Art. 2º [...]

§ 3º As arbitragens que envolvem a Administração Pública serão sempre de direito e respeitarão o princípio da publicidade.” (NR)

BRASIL. **Projeto de lei nº. 406/2013**. Senado Federal. Disponível em: <

http://www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p_cod_mate=114641>. Acesso em 18 nov. 2013.

⁴⁰⁰ O que não obsta que, na arbitragem, chegue-se à conciliação. A esse respeito, veja-se o art. 28 da Lei da Arbitragem: Art. 28. Se, no decurso da arbitragem, as partes chegarem a acordo quanto ao litígio, o árbitro ou o tribunal arbitral poderá, a pedido das partes, declarar tal fato mediante sentença arbitral, que conterà os requisitos do art. 26 desta Lei.

⁴⁰¹ Argumento exposto pelo Prof. Floriano de Azevedo Marques Neto, na disciplina *Consensualidade na Administração Pública*, ministrada no Departamento de Direito do Estado da Universidade de São Paulo, no dia 04.11.11.

fenômeno de substituição de mecanismos impositivos por acordos, nas relações internas da Administração Pública ou de entidades a ela vinculadas⁴⁰².

Na Constituição anterior, o art. 205 preceituava que as disputas entre a União, os Estados, o Distrito Federal, os Municípios, respectivas autarquias, empresas públicas e sociedades de economia mista, ou entre umas e outras, seriam decididas pela autoridade administrativa, na forma da lei, ressalvado ao acionista procedimento anulatório dessa decisão⁴⁰³.

A atual Constituição não cuidou do assunto. Em 2001, a Medida Provisória nº. 2180-35, de 24 de agosto de 2001, colocava sob responsabilidade do Advogado-Geral da União a resolução de controvérsias em sede administrativa⁴⁰⁴ e, com base nessa medida provisória, foram instaladas comissões *ad hoc*. O que diferencia a CCAF de outras iniciativas precedentes é sua natureza perene, não episódica⁴⁰⁵. Além de evitar a judicialização, previne-se o conflito, mediante soluções internas, com ganho de tempo e economia de recursos⁴⁰⁶.

Acerca da conciliação em si, a Portaria da AGU nº. 481/09 dispõe em seu art. 1º que a controvérsia jurídica entre a Administração Pública Federal e a Administração Pública dos Estados, do Distrito Federal, e Municípios que sejam Capital de Estado ou que possuam mais de duzentos mil habitantes, pode ser resolvida por meio de conciliação, via CCAF.

O procedimento é simples. Após reuniões preparatória, pode ser engendrado um termo de conciliação, com valor de título executivo extrajudicial [art. 585, II do CPC].

⁴⁰² ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de. Mecanismos de consenso no direito administrativo. In ARAGÃO, Alexandre Santos de; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (Coord.). **Direito administrativo e seus novos paradigmas**. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 346.

⁴⁰³ Parecer da época considerava o dispositivo autoaplicável e a decisão final, à salvo de revisão judicial. A conferir: “Contencioso Interadministrativo – Demanda entre a União e entidade da administração indireta federal – Competência do Presidente da República para decidi-la. Conquanto possa a lei ordinária dispor sobre competência e procedimentos, para os efeitos do art. 205 da Constituição (emenda n. 7, de 1977), a eficácia imediata do preceito – fazendo cessar, no campo de incidência delimitado, a jurisdição do Poder Judiciário e instituindo automática e consequentemente, o poder jurisdicional da Administração Pública, em termos de contencioso interadministrativo – confere de logo, ao Presidente da República, na sua condição de autoridade administrativa por excelência, competência para as questões entre a União e respectivas entidades administrativas, ou entre umas e outras, devendo a PETROBRÁS tomar as providências tendentes a submeter-lhes a pretensão de repetição de indébito contra a União Federal”. CONSULTORIA GERAL DA REPÚBLICA. Parecer nº. 3.919/76. **Revista de Direito Público**, São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 8, nº. 41-42, 1977. p. 118.

⁴⁰⁴ Art. 11. Estabelecida controvérsia de natureza jurídica entre entidades da Administração Federal indireta, ou entre tais entes e a União, os Ministros de Estado competentes solicitarão, de imediato, ao Presidente da República, a audiência da Advocacia-Geral da União. Parágrafo único. Incumbirá ao Advogado-Geral da União adotar todas as providências necessárias a que se deslinde a controvérsia em sede administrativa.

⁴⁰⁵ BRASIL. Advocacia-Geral da União. Consultoria-Geral da União. **Câmara de Conciliação e Arbitragem da Administração Federal - CCAF**: cartilha. 3. ed. atual. Brasília: AGU, 2012. – revista e atualizada. p. 9.

⁴⁰⁶ Conforme a Portaria PG nº. 530/07, art. 9º, uma vez estabelecida controvérsia de natureza jurídica entre entidades da Administração Indireta, ou entre tais entes e a União, a adoção de qualquer providência em juízo deve ser precedida de consulta à Procuradoria-Geral Federal. Isto é, antes do ingresso em juízo, há de se tentar uma solução interna à controvérsia.

Fracassada a conciliação e se o conflito envolver apenas entes da Administração Federal, o caso é decidido - "arbitrado" - pelo Consultor-Geral da União, por parecer vinculante [art. 18, VI do Anexo I do Decreto nº. 7.392/10].

A arbitragem aqui mencionada difere da estatuída pela Lei Federal nº. 9.307/96. Por exemplo:

- Na arbitragem da Lei nº. 9.307/96, o árbitro é um terceiro equidistante [art. 14] e na CCAF, uma autoridade dentro da hierarquia da AGU;

- a sentença arbitral, enquanto título executivo, vincula as partes, mas exige intervenção judicial para sua execução coercitiva, ao passo que na CCAF, a decisão final é um parecer vinculante para as entidades federais envolvidas, que não deixa de ser uma expressão da tutela administrativa ou controle sobre a Administração Indireta por parte da Direta;

- finalmente, enquanto a arbitragem comum não restringe seus participantes, a arbitragem no âmbito da CCAF somente é possível entre entidades da Administração Federal, isto é, excluídos estados-membros, municípios ou particulares.

Apesar de recente, a CCAF obteve êxito em trinta e três conflitos, só em 2012⁴⁰⁷, levando à extinção de processos judiciais complexos, pela homologação dos acordos⁴⁰⁸. Outra repercussão na seara judiciária é uma corrente defendendo que, pela natureza político-administrativa do conflito, sem partes externas, não caberia ao Judiciário resolvê-los, e sim à própria Administração, internamente, pelos mecanismos que lhe são peculiares⁴⁰⁹.

A outra iniciativa a ser estudada é o Comitê Interinstitucional de Resolução Administrativa das Demandas de Saúde - CIRADS, um espaço extrajudicial para solução de conflitos de usuários com o serviço público de saúde, envolvendo representantes da União, estado-membro e município, por ora, em funcionamento pleno apenas no Rio Grande do Norte⁴¹⁰.

⁴⁰⁷ BRASIL. Advocacia-Geral da União. **Relatório de Gestão 2012**. Brasília: AGU, 2013. p. 11.

⁴⁰⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Civil Originária nº.1049/DF**. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. Brasília, 20 de abril de 2010; . Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em 20 jul. 2013; Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº.702.748/AL**. Relator: Ministro Teori Zavascki. Brasília, 04 de junho de 2009. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em 20 jul. 2013.

⁴⁰⁹ BRASIL. Tribunal Regional Federal da 5ª Região. **Apelação Cível nº. 545945**, 4ª Turma. Relator: Desembargador Ivan Lira de Carvalho. Disponível em: <www.trf5.jus.br>. Acesso em 20 jul. 2013.

⁴¹⁰ Criado por meio de Acordo de Cooperação Técnica celebrado entre a Procuradoria da União no Estado do Rio Grande do Norte, a Defensoria Pública da União no Estado do Rio Grande do Norte, a Procuradoria Geral do Estado do Rio Grande do Norte, a Procuradoria Geral do Município de Natal, a Secretaria de Estado da Saúde Pública e a Secretaria Municipal de Saúde de Natal. ACORDO DE COOPERAÇÃO TÉCNICA. Natal, 22 de julho de 2009. Disponível em: <http://www.agu.gov.br/sistemas/site/TemplateImagemTexto.aspx?idConteudo=97046>. Acesso em 09 set. 2013.

Como se sabe, a jurisprudência consagrou que o cidadão tem direito à prestações públicas para satisfação de seu direito à saúde [art. 196 da Constituição]. Porém, a forma como isso será efetivado judicialmente ainda não foi suficientemente equacionada.

É que o processo judicial é montado em etapas fixas, separadas pela preclusão e sujeito a uma inevitável demora, o que contrasta com a natural mobilidade dos quadros clínicos e a necessária pressa que tais demandas exigem. E, a respeito do tema sob julgamento, o direito à saúde exige conhecimentos específicos acerca dos vários tratamentos disponíveis, das alternativas existentes e, finalmente, quais deles são eficientes às condições pessoais do enfermo.

Um erro nessa seara pode ser danoso: (i) ao autor/paciente, tanto pela demora - por vezes, fatal - como por um tratamento inadequado à sua moléstia; (ii) à Administração, com desperdício do dinheiro público, custeio de tratamentos caríssimos e inadequados à situação do enfermo/autor ou substituíveis por outros disponíveis no SUS; (iii) à coletividade, pois o atendimento casuístico, via liminares, aprofunda a desigualdade, concentra recursos limitados em benefício de poucos e obsta a formulação de uma política de saúde pública sólida⁴¹¹.

Pretendendo evitar tais riscos, no CIRADS, o usuário do Sistema Único de Saúde tem a oportunidade de se reunir com representantes da Administração e, munido de seus exames, discutir qual o tratamento médico lhe é mais adequado, dentre os padronizados ou não. O corpo técnico analisa o caso e, ao fim, indica a prestação de saúde mais eficiente ao caso concreto, conduzindo à homologação do acordo⁴¹². Com um percentual de conciliação ao redor de cinquenta por cento, a iniciativa recebeu menção honrosa no Prêmio Inovare, edição de 2010⁴¹³.

⁴¹¹ De acordo com o Conselho Nacional de Justiça, tramitam 240.980 processos buscando prestações ligadas ao direito à saúde pública. O CNJ instalou o Fórum da Saúde e recomendou algumas cautelas quanto ao trâmite de tais ações, principalmente quanto ao deferimento de tutelas de urgência e análise técnica dos pedidos [Recomendação 31]. BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Relatório sobre a Resolução nº. 107**. Disponível em: <www.cnj.jus.br>. Acesso em 15 jun. 2011.

⁴¹² Conforme cláusula primeira do Acordo de Cooperação Técnica: "O presente ACORDO tem por objeto o estabelecimento de parceria [...], para análise [...] dos casos concretos em que o assistido pelo Sistema Único de Saúde (SUS) não tenha recebido o devido atendimento pelo referido sistema, a fim de identificar tanto os casos em que o pleito pode ser atendido administrativamente, evitando a judicialização, quanto aquele em que se pode obter conciliação em ações judiciais já em curso, nas hipóteses em que o tratamento de saúde (fornecimento de medicamentos, insumos, materiais e serviços de saúde) esteja previsto no âmbito do SUS e não tenha sido prestado, bem como naquelas hipóteses em que, por algum motivo, o médico indicou tratamento diverso dos que não são oferecidos pelo SUS". ACORDO DE COOPERAÇÃO TÉCNICA. Natal, 22 de julho de 2009. Disponível em: <<http://www.agu.gov.br/sistemas/site/TemplateImagemTexto.aspx?idConteudo=97046>>. Acesso em 09 set. 2013.

⁴¹³ Disponível em: <<http://www.premioinnovare.com.br/praticas/comite-interinstitucional-de-resolucao-administrativa-de-demandas-da-saude-cirads>>. Acesso em 09 set. 2013.

5.3 Propostas legislativas relevantes

Como visto, as iniciativas anteriormente estudadas têm em comum a revalorização do relacionamento direto entre cidadão e Administração, dispensando a intermediação do Judiciário. Assim é com a transação comum, com a arbitragem em contratos públicos, na CCAF e CIRADS. Mesmo quando a transação é estipulada em lei - transação legal - o intento é o mesmo: evitar o uso do Judiciário, sempre que possível, ainda que por meio de fixação em lei das cláusulas do acordo.

Essa busca por soluções alternativas ou, como denomina Ada Pellegrini Grinover, deformalização das controvérsias⁴¹⁴, segue firme, inspirando diversos projetos de lei.

O Projeto de Lei nº. 424/2013 conceitua mediação como a atividade técnica exercida por terceiro imparcial que, escolhido ou aceito pelas partes, promove a comunicação entre elas, com o propósito de prevenir o conflito e de buscar consenso na solução de controvérsias [art. 1º, parágrafo único]. E dispõe sobre a chamada mediação pública que, em linhas gerais, abrangeria conflitos entre entes do Poder Público, entre estes e o particular e em direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos. Por fim, mencionada proposição legislativa cria Conselhos de Mediação em cada entidade ou órgão público⁴¹⁵.

Já o Projeto de Lei do Senado nº. 406/2013 pretende encerrar a polêmica envolvendo a arbitragem e contratos administrativos, ao acrescentar dois parágrafos ao art. 1º da Lei 9.307/96, tornando expressa essa opção, quando estiverem em jogo direitos patrimoniais disponíveis decorrentes de contratos por ela celebrados, como já abordado anteriormente no item 5.2.2⁴¹⁶.

Tendo em mira a litigância tributária, o Projeto de Lei nº. 5.082 de 2009 regulamenta a transação nesses casos e instala Câmaras de Conciliação e Transação junto à Procuradoria da Fazenda Nacional⁴¹⁷.

E, numa perspectiva mais ampla, há o art. 175 do Projeto de Código de Processo Civil:

⁴¹⁴ GRINOVER, Ada Pellegrini, op. cit., p. 20-21.

⁴¹⁵ BRASIL. **Projeto de lei nº. 424/2013**. Senado Federal. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p_cod_mate=114641>. Acesso em 18 nov. 2013.

⁴¹⁶ BRASIL. **Projeto de lei nº. 406/2013**. Senado Federal. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p_cod_mate=114641>. Acesso em 18 nov. 2013.

⁴¹⁷ BRASIL. **Projeto de lei nº. 5.082/2009**. Câmara dos Deputados. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=431269>>. Acesso em 18 nov. 2013.

Art. 175. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios criarão câmaras de mediação e conciliação, com atribuições relacionadas à solução consensual de conflitos no âmbito administrativo, tais como:

I - dirimir conflitos envolvendo órgãos e entidades da administração pública;

II - avaliar a admissibilidade dos pedidos de resolução de conflitos, por meio de conciliação, no âmbito da administração pública;

III - promover, quando couber, a celebração de termo de ajustamento de conduta⁴¹⁸.

Em suma, a proposta determina que União, estados-membros, Distrito Federal e municípios criem câmaras de mediação e conciliação para solução administrativa dos conflitos, algo parecido com a experiência da Câmara de Conciliação e Arbitragem da Administração Federal – CCAF.

⁴¹⁸ BRASIL. **Projeto de novo Código de Processo Civil**: projetos de lei nº. 6.025/05, 8.046/10 e outros. Senado Federal. Disponível em: <
<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=302638>>. Acesso em 18 nov. 2013.

CONCLUSÃO

Como visto ao longo da presente pesquisa, a justiça administrativa é uma necessidade que serve a um só tempo como instrumento de manutenção da atuação administrativa dentro dos limites legais e constitucionais, como para tutelar os direitos subjetivos dos administrados.

Apurou-se que os diferentes modelos de justiça administrativa vieram à tona, dentre outros motivos, pela interpretação divergente do princípio da separação dos poderes.

No contencioso administrativo francês, também denominado dualidade de jurisdição e jurisdição dupla, julgar a Administração era uma decorrência lógica da função administrativa e, por isso, não teria relação alguma com o Judiciário, forçando a criação de tribunais paralelos, organicamente ligados ao Executivo.

Já no sistema de unidade de jurisdição, inglês, anglo-americano ou judiciarista, julgar seria uma função completamente estranha à Administração, ainda mais quando essa fosse parte no processo, pois levaria à confusão entre juiz e litigante.

Reparou-se que o contencioso administrativo francês evoluiu no sentido de manter estanques as atividades de julgar e administrar e, atualmente, é bastante similar à ordem judicial daquele país. De outro lado, detectou-se que o sistema da unidade de jurisdição não é sinônimo de uniformização legal como o brocardo *una lex, una jurisdictio* sugere, existindo também nesse sistema regras processuais diferenciadas e especialização de alguns órgãos internos do Judiciário.

Em que pese as divergências iniciais, ambos os sistemas têm convergindo para pressupostos mínimos comuns, como a presença de juízes independentes, a busca de efetividade e disponibilização de um processo equitativo aos litigantes, como enunciado no art. 6º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem.

Quanto ao Brasil, foi longa e peculiar a caminhada em direção à atual configuração de sua justiça administrativa.

Durante o Império, vigorava uma versão pouco desenvolvida do contencioso administrativo francês. Salvo a menção ao Conselho de Estado, a Constituição de 1824 silenciou sobre o contencioso administrativo, que foi regulamentado basicamente em atos infralegais. Não se previu, um conselho de prefeitura ou equivalente para desempenhar o papel de juiz administrativo de primeira instância. As reclamações eram direcionados à própria

autoridade tomadora da decisão que, naturalmente, tendia a mantê-la. Em suma, era um arranjo precário e incapaz de assegurar o respeito aos direitos subjetivos dos administrativos.

Proclamada a República, o contencioso administrativo cedeu lugar definitivamente à unidade de jurisdição. A mudança de regime não conduziu à extinção das prerrogativas processuais em benefício do Poder Público e tampouco ameaçou o estudo do direito administrativo. Averiguou-se, ainda, que a locução *contencioso administrativo*, mencionada nas Emendas Constitucionais nº. 01/69 e 07/77, foi uma imprecisão técnica e não uma séria investida em prol do contencioso francês.

Durante a vigência da Constituição de 1988, o acesso à justiça administrativa foi facilitado, extinguindo-se obstáculos como a exigibilidade de exaurimento das vias administrativas. Isso, aliado à reticência do Poder Público em enxergar o administrado como um verdadeiro sujeito de direitos, canalizou toda a massa de conflitos para a única porta aberta disponível, a do Judiciário.

A incapacidade do Judiciário em dar vazão à imensa demanda pública tem motivado a procura por ferramentas típicas de conflitos privados, a exemplo da transação e arbitragem. E, no caminho da revalorização da instância administrativa e restabelecimento do diálogo com o cidadão, podem ser mencionadas a Câmara de Conciliação e Arbitragem da Administração Federal – CCAF e o Comitê Interinstitucional de Resolução Administrativa da Demandas de Saúde - CIRADS.

Outros sintomas da mudança, em curso, são apreendidos de projetos de lei como o PL nº. 406/2013 [uso da arbitragem pelo Poder Público], PL 424/2013 [mediação e Conselhos de Mediação nos órgãos públicos], PL nº. 5.082/09 [transação e Câmaras de Conciliação e Transação Tributárias]. Por fim, há a proposta do novo Código de Processo Civil que obriga os entes federados a criar câmaras de mediação e conciliação, com atribuições relacionadas à solução consensual de conflitos administrativos.

Positivo assinalar, também, que não foram localizadas proposições legislativas impondo restrições ao direito de ação dos particulares ou prejudiciais ao acesso ao Judiciário. A despeito dos severos problemas que afligem a justiça administrativa, parece haver consenso de que a correção das dificuldades encontradas virá com o amadurecimento institucional e não pelo sacrifício de direitos fundamentais.

Ao fim da presente pesquisa, julga-se mais efetivo que qualquer reforma legislativa, ampliação da máquina judiciária ou ainda o uso disseminado de mecanismos alternativos à judicialização, seria a conscientização da própria Administração acerca de seu

papel de promotora dos direitos fundamentais, abandonando de vez a postura autocentrada e beligerante que a tem caracterizado desde sempre em nosso país.

REFERÊNCIAS

ACORDO DE COOPERAÇÃO TÉCNICA. Natal, 22 de julho de 2009. Disponível em: <<http://www.agu.gov.br/sistemas/site/TemplateImagemTexto.aspx?idConteudo=97046>>. Acesso em 09 set. 2013.

ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO. **Caderno de memoriais 2009**. Brasília, 2009. 101 p.

_____. **Relatório de Gestão 2012**. Brasília, 2013. Disponível em: <<http://www.agu.gov.br>>. Acesso em 17 ago. 2013.

ALEMANHA. **Lei Fundamental da República Federal da Alemanha**. Traduzido por Aachen Assis Mendonça. Deutscher Bundestag: Berlin. 2011. Disponível em: <http://www.brasil.diplo.de/contentblob/3160404/Daten/1330556/Gundgesetz_pt.pdf>. Acesso em 13.06.2013.

ALMEIDA, Domingos Augusto Paiva. Direito administrativo in **Introdução ao Direito Francês**. Juruá: Curitiba, v. 1, 2009. 671 p.

ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de. Mecanismos de consenso no direito administrativo. In ARAGÃO, Alexandre Santos de; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (Coord.). **Direito administrativo e seus novos paradigmas**. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 335-349.

ALMEIDA, Paulistein Aureliano de. Natureza jurídica dos Tribunais de Contas, no Brasil. **Biblioteca Digital Fórum de Contratação e Gestão Pública – FCCP**, Belo Horizonte, ano 6, n. 71, nov. 2007. Disponível em: <<http://www.editoraforum.com.br/bid/bidConteudoShow.aspx?idConteudo=48433>>. Acesso em: 2 março 2013.

ANDRADE, José Carlos Vieira. **Justiça administrativa**: lições. 9. ed. Coimbra: Almedina, 2007. 503 p.

ANTUNES, Luís Felipe Colaço Antunes. **A teoria do acto administrativo e a justiça administrativa**: o novo contrato natural. Coimbra: Almedina, 2006. 320 p.

ASSEMBLÉA CONSTITUINTE, 1823, Rio de Janeiro. **Annaes do Parlamento Brasileiro**. Rio de Janeiro: Hippolito José Pinto, 1876. t. 4.

AZEVEDO, José Afonso de Mendonça (Org.). **Elaborando a constituição nacional**: atas da subcomissão elaboradora do Anteprojeto 1932/1933. Brasília: Senado Federal, 2004. 1077 p.

BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. **Direito administrativo e o novo código civil**. Belo Horizonte: Fórum, 2007. 276 p.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. Contencioso administrativo. **Revista Forense**, Belo Horizonte, v. 288, p. 44, p. 25-46, out/dez 1984.

BARBOSA, Rui. **Oração aos moços**. 5. ed. Rio de Janeiro: Casa Rui Barbosa, 1999. 51 p.

_____. **Pensamento e ação de Rui Barbosa**. Brasília: Senado Federal, Secretaria Especial de Editoração e Publicação, 1999. 448 p.

BARROS, Henrique do Rego. **Apontamentos sobre o contencioso administrativo e sobre os privilégios e prerrogativas da Administração nos contratos e transacções que celebra como Poder Público**. Rio de Janeiro: Laemmert. 1874. 646 p.

BASTOS, Celso Seixas Ribeiro. Contencioso administrativo. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 14, n. 4, p. 187-196, 1979.

BATISTA JÚNIOR., Onofre Alves. **Transações administrativas**. São Paulo: Quartier Latin, 2007. 575 p.

BLANKE, Hermann-Josef. Organização e competências da justiça administrativa alemã. In SILVA, Ricardo Pelingueiro Mendes da; BLANKE, Herman-Josef; SOMMERMANN, Karl-Peter. **Código de Jurisdição Administrativa: o modelo alemão**. São Paulo: Renovar, 2009. 265 p.

BRADLEY, Anthony; EWING, Keith. **Constitutional and administrative law**. 14th ed. London: Pearson Longman, 2007. 872 p.

BRASIL. Advocacia-Geral da União. Consultoria-Geral da União. **Câmara de Conciliação e Arbitragem da Administração Federal - CCAF**: cartilha. 3. ed. atual. Brasília: AGU, 2012. – revista e atualizada. 46 p.

_____. Advocacia-Geral da União. **Relatório de Gestão 2012**. Brasília: AGU, 2013. 20 p.

_____. Anteprojeto Constitucional. **Diário Oficial da União**, Presidência da República, Brasília, DF, 26 set. 1986. Suplemento Oficial ao nº. 185.

_____. Assembleia Nacional Constituinte. Comissão da Organização e sistema de Governo. Subcomissão do Poder Judiciário e do Ministério Público. **Ata da reunião para eleição do Presidente e Vice-Presidente - notas taquigráficas**. Brasília, DF, 7 abr 1987, 59 p.

_____. Ata da 29ª Sessão da Assembleia Nacional Constituinte. **Diário da Assembleia Nacional Constituinte**, Brasília, DF, 10 mar. 1987.

_____. Ata da 43ª Sessão da Assembleia Nacional Constituinte. **Diário da Assembleia Nacional Constituinte**, Brasília, DF, 2 abr. 1987.

_____. Ata da 139ª Sessão da Assembleia Nacional Constituinte. **Diário da Assembleia Nacional Constituinte**, Brasília, DF, 17 ago. 1987.

_____. Ata da 200ª Sessão da Assembleia Nacional Constituinte. **Diário da Assembleia Nacional Constituinte**, Brasília, DF, 12 fev. 1988.

_____. Conselho Nacional de Justiça. **Medida Liminar em Reclamação Disciplinar nº. 0004319-84.2013.2.00.0000**, Pleno. Relator: Conselheiro Guilherme Calmon Nogueira da Gama. Brasília, 06 de agosto de 2013. Disponível em: <www.cnj.jus.br>. Acesso em 20 nov. 2013.

_____. Conselho Nacional de Justiça. **Pedido de Providências nº. 16**, Pleno. Relator: Conselheiro Alexandre de Moraes. Brasília, 13 de setembro de 2005. Disponível em: <www.cnj.jus.br>. Acesso em 20 nov. 2013.

_____. Conselho Nacional de Justiça. **Relatório sobre a Resolução nº. 107**. Disponível em: <www.cnj.jus.br>. Acesso em 15 jun. 2011.

_____. Decreto nº 848, de 11 de outubro de 1890. **Justiça Federal: legislação**. Brasília, DF, p. 13-14, 1993.

_____. Mensagem nº 35, de 1984-CN (Nº 100/84, na origem). **Diário do Congresso Nacional**, Presidência da República, Brasília, DF, 25 abr. 1984.

_____. Mensagem nº 69, de 1984-CN (nº 209/84, na origem). **Diário do Congresso Nacional**, Presidência da República, Brasília, DF, 29 jun. 1984.

_____. Mensagem nº 81, de 1976 (CN) (Nº 347/76, na origem). **Diário do Congresso Nacional**, Presidência da República, Brasília, DF, 17 nov. 1976.

_____. **Pacto de Estado em favor de um Judiciário mais rápido e republicano**. Disponível em <<http://www.trf4.jus.br>>. Acesso em 10 jun. 2012.

_____. **Projecto de Constituição para o Império do Brasil, organizado no Conselho de Estado sobre as bases apresentadas por Sua Magestade Imperial o Senhor D. Pedro I. Imperador Constitucional e Defensor Perpetuo do Brasil**. Rio de Janeiro: Typographia Nacional, 1823. 46 p.

_____. **Projeto de lei nº. 406/2013**. Senado Federal. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p_cod_mate=114641>. Acesso em 18 nov. 2013.

_____. **Projeto de lei nº. 5.082/2009**. Câmara dos Deputados. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=431269>>. Acesso em 18 nov. 2013.

_____. **Projeto de novo Código de Processo Civil**: projetos de lei nº. 6.025/05, 8.046/10 e outros. Senado Federal. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=302638>>. Acesso em 18 nov. 2013.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo em Recurso Especial nº. 201200963021**. Segunda Turma. Relator: Ministro Mauro Campbell Marques. Brasília, DF, 6 de agosto de 2012. Disponível em: <www.jf.jus.br>. Acesso em 20 jul. 2013.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo Regimental no Mandado de Segurança nº. 11.308/DF**, Primeira Seção. Relator: Ministro Luiz Fux. Brasília, 28 de julho de 2006. Disponível em: <www.stj.jus.br>. Acesso em 20 jul. 2013.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº. 1032732/CE**. Primeira Turma. Relator: Ministro Luiz Fux. Brasília, DF, 19 de novembro de 2009. Disponível em: <www.jf.jus.br >. Acesso em 20 jul. 2013

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº. 1310042/PR**, 2ª Turma. Relator: Ministro Herman Benjamin. Brasília, 15 de maio de 2012. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em 20 jul. 2013.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº. 38.082/PR** , Terceira Turma. Relator: Ministro Ari Pargendler. Brasília, 20 de maio de 1999. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em 20 jul. 2013.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº. 904.813/PR**, Terceira Turma. Relatora: Ministra Nancy Andrighi. Brasília, 20 de outubro de 2011. Disponível em: <www.stj.jus.br>. Acesso em 20 jul. 2013.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº.702.748/AL**. Relator: Ministro Teori Zavascki. Brasília, 04 de junho de 2009. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em 20 jul. 2013.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Ação Civil Originária nº.1049/DF**. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. Brasília, 20 de abril de 2010; . Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em 20 jul. 2013.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº. 3367**, Pleno. Relator: Ministro Cezar Peluzo. Brasília, 13 de abril de 2005. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em 20 jul. 2013.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Agravo de Instrumento em Recurso Extraordinário nº. 152676/PR**, Segunda Turma. Relator: Ministro Maurício Corrêa. Brasília, 03 de novembro de 1995. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em 20 jul. 2013.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Agravo de Instrumento nº. 62811/RJ**, 1ª Turma. Relator: Ministro Bilac Pinto. Brasília, 20 de junho de 1975. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em 20 jul. 2013.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Agravo Regimental n Petição nº. 4556/DF**, Pleno. Relator: Ministro Eros Grau. Brasília, 20 de agosto de 2009. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em 20 jul. 2013.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº. 549055/SP**, Segunda Turma. Relator: Ministro Ayres Britto. Brasília, 05 de outubro de 2010. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em 20 jul. 2013.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº. 545214/MG**, Segunda Turma. Relator: Ministro Joaquim Barbosa. Brasília, 02 de março de 2010. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em 20 jul. 2013.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº. 548676/SP**, Segunda Turma. Relator: Ministro Eros Grau. Brasília, 03 de junho de 2008. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em 20 jul. 2013.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Segurança nº. 17346**, Pleno. Relator: Ministro Gonçalves Oliveira. Brasília, 13 de setembro de 1968. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em 20 jul. 2013.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Segurança nº. 27621/DF**, Pleno. Relator para acórdão: Ministro Ricardo Lewandowski. Brasília, 07 de dezembro de 2011. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em 20 jul. 2013.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Segurança nº. 28611/DF**, Pleno. Relator: Ministro Celso de Mello. Brasília, 14 de outubro de 2010. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em 20 jul. 2013.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Segurança nº. 5490**, Pleno. Relator: Ministro Antônio Villas Boas. Brasília, DF, 20 de agosto de 1958. Disponível em <www.stf.jus.br>. Acesso em 20 jun. 2013.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Segurança nº. 7280**, Pleno. Relator: Ministro Henrique D'Ávila. Brasília, DF, 20 de junho de 1960. Disponível em <www.stf.jus.br>. Acesso em 20 jun. 2013.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Medida Cautelar em Ação Declaratória de Constitucionalidade nº. 4**, Pleno. Relator: Ministro Sydney Sanches. Brasília, 11 de fevereiro de 1998. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em 20 jul. 2013.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Medida Cautelar em Ação Direta de Inconstitucionalidade nº. 223**, Pleno. Relator para acórdão: Ministro Sepúlveda Pertence. Brasília, 05 de abril de 1990. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em 20 jul. 2013.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Medida Cautelar em Ação Direta de Inconstitucionalidade nº. 2332**, Pleno. Relator: Ministro Moreira Alves. Brasília, 05 de setembro de 2001. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em 20 jul. 2013.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Medida Cautelar em Ação Direta de Inconstitucionalidade nº. 1753**, Pleno. Relator: Ministro Sepúlveda Pertence. Brasília, 16 de abril de 1998. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em 20 jul. 2013.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Medida Cautelar nas Ações Direta de Inconstitucionalidade nº. 2139 e 2160**, Segunda Turma. Relator para o acórdão: Ministro Marco Aurélio. Brasília, 13 de maio de 2009. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em 20 jul. 2013.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Petição nº. 3528-3/BA**, Pleno. Relator: Ministro Marco Aurélio. Brasília, 28 de setembro de 2005. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em 20 jul. 2013.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº. 145023/RJ**, Primeira Turma. Relator: Ministro Ilmar Galvão. Brasília, 18 de dezembro de 1992. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em 20 jul. 2013.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº. 25193**, Primeira Turma. Relator: Ministro Luiz Gallotti. Brasília, 13 de novembro de 1955. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em 20 jul. 2013.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº. 283885/MG**, Primeira Turma. Relator: Ministra Ellen Gracie. Brasília, 21 de junho de 2002. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em 20 jul. 2013.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº. 7193**, Segunda Turma. Relator: Ministro Hahnemann Guimarães. Brasília, 30 de novembro de 1950. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em 20 jul. 2013.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Ordinário em Habeas Data nº. 22-8/DF**, Pleno. Relator para o acórdão: Ministro Celso de Mello. Brasília, 19 de setembro de 1991. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em 22 jul. 2013.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Repercussão Geral no Recurso Extraordinário nº. 631240/MG**, Pleno. Relator: Ministro Joaquim Barbosa. Brasília, 09 de dezembro de 2010. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em 20 jul. 2013.

_____. Tribunal de Contas da União. **Processo nº. 007.425/2000-3. Consulta**. Pleno. Relator: Ministro Guilherme Palmeira. Brasília, DF, 24 de janeiro de 2001. Disponível em: <www.tcu.gov.br>. Acesso em 20 jul. 2013.

_____. Tribunal Regional Federal da 1ª Região. **Apelação Cível nº. 8901239930**, Terceira Turma. Relator: Juiz Adhemar Maciel. Brasília, 14 de setembro de 1992. Disponível em: <www.jf.jus.br >. Acesso em 20 jul. 2013.

_____. Tribunal Regional Federal da 2ª Região. **Apelação Cível nº. 238375/RJ**. 2ª turma. Relator Desembargador Guilherme Couto. Rio de Janeiro, 31 de outubro de 2002. Disponível em: <www.trf2.jus.br>. Acesso em 22 jul. 2013.

_____. Tribunal Regional Federal da 5ª Região. **Apelação Cível nº. 545945**, 4ª Turma. Relator: Desembargador Ivan Lira de Carvalho. Disponível em: <www.trf5.jus.br>. Acesso em 20 jul. 2013.

BRITO, Wladimir. **Lições de direito processual administrativo**. 2. ed. Coimbra: Coimbra, 2008. 306 p.

BROSS, Siegfried. O sistema de controle judicial da administração pública e a codificação da jurisdição administrativa. Traduzido por Martim Vicente Gottschalk. **Revista CEJ**, Brasília, n. 34, p. 35-42, jul./set. 2006.

BUENO, Jose Antonio Pimenta. **Direito publico brasileiro e analyse da Constituição do Império**. Rio de Janeiro: J. Villeneuve, 1857. 572 p.

CAETANO, Marcello. **Manual de direito administrativo**. 9. ed. Coimbra: Almedina, 1983. 2 v.

CANTO, Gilberto de Ulhôa; ATALIBA, Geraldo; MELLO, Gustavo Miguez de. **Anteprojeto de lei sobre contencioso administrativo fiscal da União**. Rio de Janeiro: [s.n.], [1978?]. 50 p.

CAPITANT, David. O Ministério Público diante das jurisdições administrativas. Tradução de Rita Jover Faleiros. **Revista CEJ**, Brasília, n. 34, jul/set 2006. p. 56-61.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Porto Alegre: Fabris, 2002. 168 p. Tradução de: Ellen Gracie Northfleet.

CASSAGNE, Juan Carlos. **Derecho administrativo**. 6. ed. Buenos Aires: Abeledo-perrot, 1998. 2 v.

_____. **Perspectivas de la justicia contencioso administrativa argentina en el siglo XXI**. Disponível em: <<http://www.cassagne.com.ar>>. Acesso em 30 out. 2013.

CAVALCANTI, Francisco de Queiroz Bezerra. Da necessidade de aperfeiçoamento do controle judicial sobre a atuação dos Tribunais de Contas visando a assegurar a efetividade do sistema. **Revista do Tribunal de Contas da União**, Brasília, ano 38, n. 108, p. 07-18, jan./abr. 2007.

CAVALCANTI, Themistocles Brandão. **Tratado de direito administrativo**. 3. ed. São Paulo: Freitas Bastos. v. 4, 1956. 617 p.

CHAPUS, René. **Droit du contentieux administratif**. 13e ed. Paris: Montchrestien, 2008. 1540 p.

CONSEIL D'ÉTAT. **O Conselho de Estado em resumo**. Disponível em: <<http://www.conseil-etat.fr>>. Acesso em 06 mar. 2013.

CONSELHO DA EUROPA. Comitê de Ministros. **Recommendation Rec(2001)9 of the Committee of Ministers to member states on alternatives to litigation between administrative authorities and private parties (Adopted by the Committee of Ministers on 5 September 2001at the 762nd meeting of the Ministers' Deputies)**. Disponível em: <<https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?id=220409&Site=COE>>. Acesso em 20 jul. 2013.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Estudo comparado sobre recursos, litigiosidade, e produtividade: a prestação jurisdicional no contexto internacional**. Brasília, nov. 2011. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/images/pesquisas-judiciarias/relat_estudo_comp_inter.pdf>. Acesso em 10 nov. 2013.

_____. **Justiça em números 2013: ano-base 2012**. Brasília: CNJ, 2013. 451 p.

_____. **Os cem maiores litigantes**. Brasília, mar. 2011. Disponível em: <www.cnj.jus.br>. Acesso em: 10 jun. 2013.

CONSULTORIA GERAL DA REPÚBLICA. Parecer nº. 3.919/76. **Revista de Direito Público**, São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 8, nº. 41-42, p. 118-126, 1977.

CORREIA, Sérvulo. **Direito do contencioso administrativo**. Lisboa: Lex, 2005. 830 p.

COSTA, Pietro. Teoria e crítica do Estado de Direito. In COSTA, Pietro; ZOLO, Danilo (Org.). **O Estado de Direito: uma introdução histórica**. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 95-198.

CRETELLA JÚNIOR, José. Direito administrativo inglês. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília: Senado Federal, 1988, a. 25, n. 99. p. 69-90.

_____. O “contencioso administrativo” inexistente. **Revista de Direito Público**, São Paulo, nº. 75, p. 27, jul. 1985.

_____. O contencioso administrativo na Constituição de 1969. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n. 104, p. 30-48, 1971.

_____. **Tratado de direito administrativo**. Rio de Janeiro: Forense, 1974. v. 6.

DALLARI, Adilson de Abreu. Arbitragem na concessão de serviço público. **Revista de Informação Legislativa**, n. 128, p. 63-67, out./dez. 1995.

DALLARI, Dalmo de Abreu. O Conselho de Estado e o Contencioso Administrativo no Brasil. **Revista de Direito Público**, São Paulo, v. 11, p. 33-44, jan/mar 1970.

DAVID, René. **O direito inglês**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006. 120 p. Tradução de: Eduardo Brandão

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 24. ed. São Paulo: Atlas, 2011, 876 p.

DICEY, Albert Venn. **Introduction to the study of the Law and Constitution**. 10th ed. London: Martin's Press, 1962. Reimpressão. 435 p.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2005, v. 1.

_____. **A instrumentalidade do processo**. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2005. 413 p.

ENTERRÍA, Eduardo García de. **As transformações da justiça administrativa: da sindicabilidade restrita à plenitude jurisdicional: uma mudança de paradigma?** Belo Horizonte: Fórum, 2010. 107 p. Tradução de: Fábio Medina Osório.

_____. La justicia administrativa en el cambio del siglo. **Boletim da Faculdade de Direito**, Coimbra, n. 46, p. 347-367, 2000.

EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. **Case of Kleyn and others v. Netherlands**. Applications nos. 39343/98, 39651/98, 43147/98 and 46664/99. 6 mai. 2003. Disponível em: < <http://echr.ketse.com/doc/39343.98-39651.98-43147.98-46664.99-en-20030506/view/>>. Acesso em: 30 mai. 2013.

_____. **Case of Procola vs. Luxemburgo**. Application no. 14570/89. 28 set. 1995. Disponível em: < <http://echr.ketse.com/doc/14570.89-en-19930701>>. Acesso em: 30 mai. 2013.

_____. **Information n° 31 on the case-law of the Court June 2001**. Disponível em: <http://echr.coe.int/Documents/CLIN_2001_06_31_ENG_815322.pdf>. Acesso em 26 mai. 2013.

_____. **Information n° 85 on the case-law of the Court Abril 2006**. Disponível em: < http://echr.coe.int/Documents/CLIN_2006_04_85_ENG_822323.pdf>. Acesso em 26 mai. 2013.

_____. **Société des Mines de SACILOR LORMINES contre la France**. Requête n° 65411/01. 12 mai. 2005. Disponível em: < <http://echr.ketse.com/doc/65411.01-fr-20050512/view/>>. Acesso em: 30 mai. 2013.

FAGUNDES, Miguel Seabra. **O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário**. 6. ed. Saraiva: São Paulo, 1984. 383 p.

FRANCA. **Code de Justice Administrative**. Disponível em: <<http://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?cidTexte=LEGITEXT000006070933>>. Acesso em: 30 mai. 2013.

_____. Conselho Constitucional. **Décision n° 80-119**. Paris, 22 de julho de 1980. Disponível em: <<http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/les-decisions/acces-par-date/decisions-depuis-1959/1980/80-119-dc/decision-n-80-119-dc-du-22-juillet-1980.7775.html>>. Acesso em: 30 mai. 2013.

_____. Conselho Constitucional. **Décision n° 86-224**. Paris, 23 de janeiro de 1987. Disponível em: <<http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/les-decisions/acces-par-date/decisions-depuis-1959/1987/86-224-dc/decision-n-86-224-dc-du-23-janvier-1987.8331.html>>. Acesso em: 30 mai. 2013.

_____. Conselho Constitucional. **Décision n° 86-224**. Paris, 23 de janeiro de 1987. Disponível em: <<http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/les-decisions/acces-par-date/decisions-depuis-1959/1987/86-224-dc/decision-n-86-224-dc-du-23-janvier-1987.8331.html>>. Acesso em: 30 mai. 2013.

_____. Conselho de Estado. **Arrêt n° 66145 (Cadot)**. Paris, 13 de dezembro de 1889. Disponível em: < http://www.lexinter.net/JPTXT2/arret_cadot.htm>. Acesso em: 30 mai. 2013.

_____. Tribunal de Conflitos. **Arrêt Blanco**. Paris, 8 de fevereiro de 1873. Disponível em: <<http://www.legifrance.gouv.fr>>. Acesso em: 30 mai. 2013.

FROMONT, Michel. **Droit administratif des États européens**. Paris: PUF, 2006. 362 p.

GARCIA, Maria da Glória Pinto dias. **Da justiça administrativa em Portugal**: sua origem e evolução. Lisboa: Universidade Católica, 1994. 724 p.

GARCIA NETO, Paulo Macedo. O Judiciário no crepúsculo do Império (1871-1887). In: LOPES, José Reinaldo de Lima. **O Supremo Tribunal de Justiça do Império: 1828-1889**. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 105-137.

GARNER, Lydia Magalhães Nunes. Justiça Administrativa no Brasil do Segundo Reinado (1842-1889). **Revista de História**, São Paulo, n. 147, dez. 2002. Disponível em <http://www.revistasusp.sibi.usp.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0034-83092002000200007&lng=pt&nrm=iso>. acessos em 01 jul. 2012.

GORDILLO, Agustín. **Tratado de Derecho Administrativo**. 7. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. v. 1.

GRINOVER, Ada Pellegrini. “A crise do Poder Judiciário” In GRINOVER, Ada Pellegrini. **O processo em evolução**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1996. p. 20-28.

GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. Arbitragem e o setor de telecomunicações no Brasil. **Revista de Direito de Informática e Telecomunicações – RDIT**, Belo Horizonte, ano 2, n. 2, jan./jun. 2007; Disponível em: <[HTTP://www.editoraforum.com.br](http://www.editoraforum.com.br)>. Acesso em: 29 novembro 2011.

GUALAZZI, Eduardo Lobo Botelho. **Justiça administrativa**. São Paulo: Revista Forense, 1986. 165 p.

HIEN, Eckart. A reforma dos sistema judicial alemão. Traduzido por Martin Vicente Gottschaalk. **Revista CEJ**, Brasília, n. 34, p. 52-55, jul./set. 2006.

INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA. **Acesso à Justiça Federal**: dez anos de juizados especiais. Brasília: CJF, 2012. 228 p.

INSTITUTO IBERO-AMERICANO DE DIREITO PROCESSUAL. **Código Modelo de Processos Administrativos – Judicial e Extrajudicial – para Ibero-América**, Buenos Aires, 2012. Disponível em: <<http://www.nupej.uff.br>>. Acesso em: 19 abr. 2013.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. 1147 p.

KAISER, Anna-Bettina. Os princípios do processo administrativo-judicial na Alemanha. Traduzido por Márcio Flávio Mafra Leal. **Seminário Brasil - Alemanha**: Pontes de Miranda. Série Cadernos do CEJ, n. 26, p. 53-67, out. 2010.

KOERNER, Andrei. **O Poder Judiciário no sistema político da primeira república**. Revista da USP, n. 21, p. 58-69, mar/maio 1994.

LESSA, Pedro. **Do Poder Judiciário**. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1915. 435 p.

LIMA, Rubens Ferraz de Oliveira. Emenda Constitucional e o Poder Judiciário. **O Estado de São Paulo**, São Paulo, 24 jun. 1984. Tribunais, p. 43.

LIMA, Ruy Cirne. **Princípios de direito administrativo brasileiro**. 3. ed. Porto Alegre: Sulina, 1954. 218 p.

LOPES, José Reinaldo de Lima. **O Oráculo de Delfos: o Conselho de Estado no Brasil- Império**. São Paulo: Saraiva, 2010. 470 p.

LOVELAND, Ian. **Constitutional law, administrative law, and human rights: a critical introduction**. 5th ed. New York: Oxford University, 2009. 785 p.

MARINHO, Anapaula Trindade; SALEMKOUR, Samir. Contencioso administrativo in **Introdução ao Direito Francês**. Juruá: Curitiba, v. 1, 2009. p. 547-581.

MARTINS, Ricardo Marcondes. Arbitragem e Administração Pública: contribuição para sepultamento do tema. **Biblioteca digital Interesse Público – IP**, Belo Horizonte, ano 12, n. 63, nov./dez. 2010. Disponível em <www.editoraforum.com.br>. Acesso em 28 novembro 2011.

MASAGÃO, Mario. **Em face da Constituição Federal, não existe, no Brasil, o contencioso administrativo**. 1927. Tese (Livre docência em Direito Administrativo e Ciência da Administração) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 1927. 175 p.

MAXIMILIANO, Carlos in AZEVEDO, José Afonso de Mendonça (Org.). **Elaborando a Constituição Nacional: atas da Subcomissão elaboradora do Anteprojeto 1932/1933**. Brasília: Senado Federal, 2004. 1078 p.

MAYER, Luiz Rafael. Contencioso interadministrativo. **Revista de Direito Público**, São Paulo, v. 42, n. 41, p. 118-126, 1977.

MEDAUAR, Odete. **A processualidade no Direito Administrativo**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. 238 p.

_____. **Controle da Administração Pública**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. 236 p.

MEIRA, José de Castro. Criação dos TRF's: estrutura e sua representação hoje. **Revista CEJRN**, v. 1, nº 1, jul. 1994, p. 154.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 29. ed. São Paulo: Malheiros, 2004. 798 p.

_____. **Mandado de segurança: ação popular, ação civil pública, mandado de injunção, “habeas data”, ação direta de inconstitucionalidade, ação declaratória de constitucionalidade e arguição de descumprimento de preceito fundamental**. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2004. 671 p.

MELLO, F. I. Marcondes Homem de. **A constituinte perante a história**. Rio de Janeiro: Actualidade, 1863. 279 p.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. 4. ed. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2009. 1486 p.

MINISTRY OF JUSTICE. **Administrative Court Guidance**: notes for guidance on applying for judicial review. Disponível em: < <http://www.justice.gov.uk>>. Acesso em 10 ago. 2013.

MIRANDA, Pontes de. A nova Constituição. **Jornal do Brasil**, Brasília, 26 nov. 1937, p. 7.

MIRANDA NETTO, Fernando Gama de Miranda. **Ônus da prova no Direito Processual Público**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. 327 p.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat. **O espírito das leis**. São Paulo: Martin Claret, 2003. 727 p. Tradução de: Jean Melville.

MORAND-DEVILLER, Jacqueline. **Droit administratif**. 12e ed. Paris: Montchrestien, 2011. 774 p.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Novas tendências da democracia: consenso e direito público na virada do século: o caso brasileiro. **Revista Brasileira de Direito Público**, Belo Horizonte, ano 1, n. 3, p. 35-53, out/dez 2003.

NEQUETE, Lenine. **O poder judiciário no Brasil**: crônica dos tempos coloniais. Porto Alegre: Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, 1975. v. 1.

NUNES, José de Castro. **Da fazenda pública em juízo**. 2 ed. São Paulo: Freitas Bastos, 1960. 595 p.

_____. **Teoria e prática do poder judiciário**. Rio de Janeiro: Forense, 1943. 698 p.

ODENT, Bruno; TRUCHET, Didier. **La justice administrative**. Paris: Puf. 2ème ed., 2008. 125 p.

PARTINGTON, Martin. **Introduction to the English legal system**. 5th ed. New York: Oxford University, 2010. 300 p.

PASSARINHO JÚNIOR, Aldir Guimarães. Seria incômoda em 1937 a Justiça Federal. **Revista do Tribunal Regional Federal da 1ª Região**, Brasília, v. 19, nº 5, p. 25-27, mai. 2007.

PAULIAT, Hélène. Le modèle français d'administration de la justice: distinctions et convergences entre justice judiciaire et justice administrative. **Revue française d'administration publique**, Paris, n. 125, jan. 2008. Disponível em: <<http://www.cairn.info/revue-francaise-d-administration-publique-2008-1-page-93.htm#resume>>. Acesso em: 24 mai. 2013.

PÉREZ, Jesús González; CASSAGNE, Juan Carlos. **La justicia administrativa en Iberoamérica**. Buenos Aires: Lexis Nexis, 2005. 99 p.

PORTUGAL. Lei n. 13/2002. **Estatuto dos Tribunais Administrativos**. Disponível em: <<http://www.stadministrativo.pt>>. Acesso em 20 abr. 2013.

REALE, Miguel. Reforma do Poder Judiciário. **O Estado de São Paulo**, São Paulo, 8 dez. 1985. Tribunais, p. 69.

RESENDE, Astolpho. Necessidade da criação do contencioso administrativo. **Revista Forense**, Belo Horizonte, v. 60, n. 355, p. 303-310, jan. 1933. Semestral.

RIBAS, Antonio Joaquim. **Direito administrativo brasileiro**. Rio de Janeiro: F. L. Pinto, 1866. 408 p.

RIVERO, Jean. **Direito Administrativo**. Coimbra: Almedina, 1981. 582 p. Tradução de: Rogério Ehrhardt Soares.

_____. **Curso de direito administrativo comparado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. 239 p. Tradução de: José Cretella Júnior.

ROQUE, Miguel Prata. **Direito processual administrativo europeu**. Coimbra: Lisboa. 2011. 677 p.

SALLES, Carlos Alberto de. **A arbitragem na solução de controvérsias contratuais da administração pública**. 2010. Tese (Livre-docência) - Departamento de Direito Processual, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010. 458 p.

SAMPAIO, José Adércio Leite. **O Conselho Nacional de Justiça e a independência do Judiciário**. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. 345 p.

SANTANA, Jair Eduardo; MELO, Verônica Vaz de. Considerações acerca da natureza jurídica das decisões emanadas dos Tribunais de Contas. **Biblioteca Digital Fórum Administrativo Direito Público FA**, Belo Horizonte, ano 10, n. 111, maio 2010. Disponível em: <<http://www.editoraforum.com.br/bid/bidConteudoShow.aspx?idConteudo=67008>>. Acesso em: 8 junho 2013;

SANTOS, Carlos Maximiliano Pereira dos. **Comentários à Constituição Brasileira de 1891**. Brasília: Senado Federal, 2005. 927 p.

SCHMIDT-ASSMANN, Eberhard. **La teoría general del derecho administrativo como sistema: objeto y fundamentos de la construcción sistemática**. Madrid: Marcial Pons, 2003. 475 p. Tradução de: Mariano Bacigalupo et al..

SILVA, Luiz Antonio Miranda Amorim. Esgotamento da via administrativa e requerimento administrativo na concessão dos benefícios previdenciários. **Revista IOB trabalhista e previdenciária**, São Paulo, nº. 236, p. 197-210, fev. 2009.

SILVA, Ricardo Pelingueiro Mendes da; BLANKE, Herman-Josef; SOMMERMAN, Karl-Peter. **Código de Jurisdição Administrativa: o modelo alemão**. São Paulo: Renovar, 2009, 265 p.

SILVA, Vasco Pereira da. **O contencioso administrativo no divã da psicanálise**. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2009. 605 p.

_____. **Para um contencioso administrativo dos particulares**: esboço de uma teoria subjectivista do recurso directo de anulação. Coimbra: Almedina. 2005. 295 p.

SOARES, Carlos H.; LIMA, Daniela Silva; TOLEDO, Luciana Aguiar S. Furtado de. (De)snecessidade de processo licitatório para escolha de Câmara Arbitral. **CEJ**, Brasília, ano XVI, n. 58, p.44-49, set. 2012.

SOARES, Guido Fernando Silva. **Common law**: introdução ao direito dos EUA. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. 197 p.

SOUSA, Joaquim Rodrigues. **Analyse e commentario da Constituição Política do Império do Brazil ou theoria e pratica do governo constitucional brasileiro**. São Luiz do Maranhão: B. de Mattos, 1870. v. 2.

SUNDFELD, Carlos Ari. **Fundamentos de Direito Público**. São Paulo: Malheiros, 2000. 189 p.

_____. Introdução ao direito processual público. In: SUNDFELD, Carlos Ari; BUENO, Cassio Scarpinella. **Direito processual público**: a Fazenda Pública em juízo. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 15-30.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Precatório: regime especial e EC 62/2009. **Informativo Semanal de Jurisprudência nº. 698**, Brasília, 26 mar. 2013. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 24 set. 2013.

TALAMINI, Eduardo. **A (in)disponibilidade do interesse público consequências processuais**: composições em juízo, prerrogativas processuais, arbitragem e ação monitória. Revista de Processo, São Paulo, a. 30, v. 128, out. 2005, p. 59-77.

TAWIL, Guido Santiago. **Administración y Justicia**: alcance del control judicial de la actividad administrative. Buenos Aires: Depalma. 1993. v. 1.

TOCQUEVILLE, Alexis de. **O antigo regime e a revolução**. 4. ed. Brasília: Universidade de Brasília, 1997. 286 p. Tradução de: Yvone Jean.

TREASURY SOLICITOR'S DEPARTMENT. **The judge over your shoulder**. 4th ed. London: Crown. 2006. 46 p.

UNIÃO EUROPEIA. **Convenção Europeia dos Direitos do Homem**. De 4 de abril de 1950, com as modificações introduzidas pelos Protocolos nos 11 e 14 acompanhada do Protocolo adicional e dos Protocolos nos 4, 6, 7, 12 e 13. Disponível em: <http://www.echr.coe.int/Documents/Convention_POR.pdf>. Acesso em: 31 mai. 2013.

URUGUAI, Paulino José Soares de Souza Visconde de. **Ensaio sobre o direito administrativo**. Brasília: Ministério da Justiça, 1997. (Arquivos do Ministério da Justiça). 520 p.

VAN LANG, Agathe. **Juge judiciaire et droit administratif**. L.G.D.J.: Paris, 1996. 359 p.

VASCONCELLOS, José Mattos de. **Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1936, v. 1. 478 p.

VILLABOIM, Manuel Pedro. É sustentável perante a Constituição Federal o Contencioso Administrativo? **Revista da Faculdade de Direito de São Paulo**, São Paulo, n. 1, p. 65-86, 1893.

SAMPAIO, Maria da Penha Franco; BRANCO, Maria do Socorro; LONGHI, Patrícia. **Autos da memória: a história brasileira no arquivo da Justiça Federal**. Rio de Janeiro: UFF, 2006, 187 p.

ZOLO, Danilo. Teoria e crítica do Estado de Direito. In COSTA, Pietro; ZOLO, Danilo (Org.). **O Estado de Direito: história, teoria, crítica**. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 03-94.