

O CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO NO TEXTO CONSTITUCIONAL

Prof. PAULO HENRIQUE BLASI

Os problemas emergentes dos litígios entre particulares são de fácil solução, uma vez que o Estado aparece na relação jurídica como terceiro, dotado de soberania, com poderes de julgar. O equilíbrio entre os litigantes, frente à lei, coloca-os no mesmo nível e daí a aceitação pacífica da intervenção do Estado, como Juiz.

A função jurisdicional, se confrontada com as outras duas que o Estado exerce (legislativa e administrativa) oferece certas peculiaridades. Enquanto o ato legislativo ou administrativo são revogáveis pela vontade própria de quem os expediu, ressaltando-se os direitos através deles constituídos, o mesmo não acontece com relação aos atos jurisdicionais. Estes, uma vez expedidos, tornam-se definitivos. Transitada em julgado, a sentença não pode sofrer modificações, ainda que o Juiz, posteriormente, se convença de seu erro.

Mas, se a questão não é difícil, quando em litígio interesses privados tão somente, o mesmo não se dá quando o Estado (que é o detentor soberano da função jurisdicional) aparece na relação jurídica como parte (autor ou réu).

Do desequilíbrio (Estado-indivíduo), quando em litígio, decorrem complexos problemas:

a) quais os atos do Estado suscetíveis de apreciação?

b) até onde pode ir o julgador na apreciação de um ato praticado pelo Estado?

c) qual o órgão competente para o julgamento de tais litígios?

Quanto à primeira questão, nela se enquadram os atos discricionários (dentre os quais incluímos os atos políticos) nos quais se impede a análise da conveniência ou oportunidade que os gerou. Ao julgador compete o exame da legalidade do ato, incluindo-se neste, a apreciação do mérito, quando praticados com “desvio de poder”.

O segundo aspecto é, também, de singular importância, e está intimamente ligado com o anterior. Em se tratando de ato praticado no mesmo uso da soberania que confere o direito de julgar, muitas vezes a lei restringe a apreciação do ato, limitando a esfera de atuação do Juiz. A limitação é imposta para preservar o interesse público (tutelado pelo Estado) contra o interesse privado. No conflito entre ambos, prevalecerá sempre o primeiro.

Finalmente, a questão mais debatida, e objeto mesmo do presente estudo, diz respeito ao órgão incumbido de julgar o litígio. Dois modelos (o anglo-saxão e o francês) pretendem oferecer as soluções mais adequadas para o problema. Para o primeiro a *singularidade de jurisdição* é a característica fundamental, informada pelo princípio “UNA LEX UNA JURISDICTIO”. Ao Juiz judiciário (e somente a ele) compete julgar os litígios, pouco importando quais sejam as partes. É o sistema da América do Norte e do Brasil. Para os países que o adotam, é vedado à lei excluir do Poder Judiciário qualquer lesão ao direito individual. Para o modelo francês, os litígios entre administração e administrados são resolvidos por uma Justiça Administrativa Especial, na qual não interfere o Poder Judiciário. Ao lado da Justiça Administrativa, em cujo ápice se encontra o Conselho de Estado, a Justiça Jurídica (ou comum) competente para o julgamento dos litígios nos quais não seja parte o Estado, tem o seu mais alto nível na Corte de Cassação. Havendo conflito, é resolvido pelo Tribunal de Conflitos, com composição mista (Juizes do Conselho de Estado e da Corte de Cassação).

Segundo MEUCCI, a idéia do poder administrativo judicante, isto é, a reunião das funções administrativas e jurisdicionais no mesmo órgão, não é filha de um processo racional, mas empírico. Apresenta-se como um simples fato na história dos povos, de civilização incompleta. Quando a sociedade ainda é simples, a soberania reside em um soou em poucos e todas as funções

políticas desenvolvem-se sob o estímulo das necessidades ocorrentes, mecanicamente, sem discriminações ou distinções.

A multiplicação das necessidades sociais e econômicas acarretam o obrigatório desenvolvimento do Estado, com o conseqüente aumento do número de órgãos do poder. Os negócios públicos são divididos, em razão da matéria.

Em Roma, por exemplo, o pretor era o órgão próprio para exercer o poder de julgar. Muitos magistrados, porém, que poderiam ser considerados administrativos, como o questor, o edil, o procurador Caesaris, tinham jurisdição nas mesmas matérias que administravam.

As funções eram discriminadas idealmente. O jurisconsulto distinguir o IMPERIUM (força do poder deliberante) da GESTIO (prestação de serviços públicos) e da JURISDICTIO (distribuição da Justiça, através da declaração do direito).

Ao adotar o sistema da separação dos poderes, a França, como reflexo dos princípios da revolução de 1789 e reação contra o absolutismo até então reinante, fê-lo com extrema rigidez, prescrevendo o artigo 13, título II, da Lei 16-24, de agosto de 1790:

“Les fonctions judiciaires sont distinctes et demeurent toujours séparées des fonctions administratives. Le juges ne pourront, à peine de forfaiture, troubler de quelque manière que ce soit les opérations des corps administratifs, ni citer devant eux les administrateurs pour raison de leur fonctions”.

E o Decreto de 16 “fructidor an III”, estabeleceu:

“Defenses itératives sont faites aux tribunaux de reconnaître des actes d’administration de quelque espèce qu’ils soient”.

O *contencioso administrativo* francês, como se vê, tem suas raízes históricas bem identificadas. É de salientar que na França, a JUSTIÇA ADMINISTRATIVA tem um sentido estrutural ou formal e outro material ou substancial. Sob o aspecto *material* significa o conjunto de litígios em que a administração é parte e sob o *formal*, o órgão incumbido de solucioná-los.

A expressão *contencioso administrativo*, caracteriza, como assinalam muitos, uma “*contradictio in terminis*”, pois, ao mesmo tempo em que traduz contenda, litígio, (contencioso) especifica paz, ordem, tranqüilidade (idéia de administração). Embora a vagueza e ambigüidade dos termos — caracte-

rísticas da linguagem comum através da qual se expressa o discurso jurídico — o uso continuado as consagrou.

Estabelecendo a distinção entre o procedimento civil e o administrativo, afirma VEDEL (Georges — Droit Administratif — Presses Universitaires de France — Paris — 1973 — 5ª edição — pág. 473) que o primeiro não é mais do que o direito em movimento”. A cada direito subjetivo corresponde uma ação, e a classificação do contencioso, isto é. das diversas ações, será uma nomenclatura inútil e fatigante, pois que se poderia passar em revista os diversos direitos que um indivíduo pode possuir. O direito administrativo, prossegue, neste ponto, é mais arcaico, e pela herança de sua história, de princípios menos simples. A ligação do direito invocado e da ação não é automática e a história legou diferenças sensíveis entre o regime jurídico das diversas ações. Daí porque, subdividir-se o *contencioso administrativo*, na França, em quatro ramos: de anulação, de plena jurisdição, de interpretação e apreciação de legalidade e de repressão.

É bom que se afirme, contudo, que nunca haverá *contencioso administrativo*, se houver possibilidade de revisão das suas decisões pelo Poder Judiciário.

A idéia de *contencioso administrativo*, exclui, via de consequência, a atuação do Poder Judiciário.

Fácil compreender, pois. a reação originada com a inserção, no texto constitucional brasileiro, pela vez primeira, da expressão ‘contencioso administrativo’ (Emenda nº 1/69 à Constituição de 1967).

A novidade gerou acirrada polêmica, acentuada após a edição da Emenda nº 7/77 que introduziu a denominada “reforma do Poder Judiciário”, que além de alargar a matéria de abrangência do “contencioso administrativo brasileiro”, autorizou sua criação pelos Estados.

A Emenda nº 1/69 à Carta de 1967 transferiu para a JUSTIÇA FEDERAL, com recursos para o Tribunal Federal de Recursos, a solução dos litígios decorrentes das relações de trabalhos dos servidores com a União, inclusive as autarquias e as empresas públicas federais, qualquer que seja o seu regime jurídico (art. 110).

Embora esquisita a disposição, pela transferência à Justiça federal dos litígios trabalhistas, para cujo deslinde existe já uma JUSTIÇA FEDERAL ESPECIALIZADA (a Justiça do Trabalho), mais esquisita ainda foi a faculdade

conferida à lei para criar ‘*contencioso administrativo*’ com competência para julgamento dos litígios entre a União, Empresas Públicas e Autarquias e seus servidores (inclusive os regidos pela legislação trabalhista). — (art. 111).

A Emenda nº 7/77 (Reforma do Poder Judiciário), incluiu, no texto, uma remissão ao artigo 153, * 4º, que, por sua vez, também foi modificado. Embora conservando a redação tradicional do Direito Constitucional Brasileiro (“a lei não poderá excluir da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão de direito individual”), acrescentou-se que “o ingresso em juízo poderá ser condicionado a que se exaurem previamente as vias administrativas, desde que não exigida a garantia de instância, nem ultrapassado o prazo de cento e oitenta dias para decisão do pedido”.

A mesma Emenda autorizou, ainda, a criação de contencioso administrativos” federais e estaduais, *sem poder jurisdicional*, para decisão de questões fiscais e previdenciárias, inclusive as relativas a acidentes do trabalho (art. 203). Também aqui é feita remissão ao § 4º, do artigo 153.

Facultou ainda, o texto constitucional, que a lei permita aparte vencida na instância administrativa (artigo 111 e 203) requerer diretamente ao Tribunal competente, a *revisão* da decisão nela proferida.

Pelo texto de 1977 retirou-se do Judiciário, a competência para julgamento das questões entre a União, Estados, Distrito Federal e Municípios e respectivas entidades da administração indireta (autarquias, empresas públicas, sociedades de economia mista) (art. 205).

A norma inserida no artigo 111 tem, como se pode constatar, sua eficácia condicionada à existência de lei.

A doutrina se orientou no sentido de que o “contencioso administrativo” cuja criação foi autorizada pelo artigo 111 não oferecia as características próprias do instituto, como tal conhecido universalmente, não passando de uma JUSTIÇA ADMINISTRATIVA TRABALHISTA “subordinada ao Poder Judiciário, a quem caberia resolver os litígios decorrentes de emprego, na órbita federal, sendo partes da relação processual, de um lado, a União ou autarquia federal ou empresa pública federal, e, de outro lado, o servidor vinculado a uma dessas entidades” (conclusões da comissão nomeada pelo Ministro da Justiça para analisar o “contencioso administrativo”).

Além da conclusão acima, outras questões são colocadas, demonstrando as perplexidades geradas pelas inovações pretendidas.

A Emenda nr. 7/77 ao conferir ao Tribunal Federal de Recursos, competência para julgar “originariamente”, nos termos da lei, “o pedido de revisão das decisões proferidas pelos contenciosos administrativos” (art. 121,II) faz expressa remissão ao artigo 204 que permite à lei estabelecer que “a parte vencida na instância administrativa (artigos 111 e 203) requeira diretamente ao Tribunal competente a revisão da decisão nela proferida”.

Não tendo sido modificado o artigo 110, que confere ao TFR competência RECURSAL (e não originária), persistirão as dúvidas sobre os efeitos das decisões do assim denominado “contencioso administrativo” de pessoal, pois, é evidente o conflito entre os dispositivos. A ser entendido o instituto como JUSTIÇA ADMINISTRATIVA TRABALHISTA — consoante entendimento da Comissão de Juristas já mencionada — deterá poderes jurisdicionais (órgão substituto da competência deferida aos JUÍZES FEDERAIS) e estará, conseqüentemente, subordinado ao Poder Judiciário. Considerado, entretanto, como órgão do Poder Executivo, sem poder jurisdicional, suas decisões se enquadrarão àquelas referentes aos “contenciosos fiscal e previdenciário” (art. 203).

A atribuição conferida ao “tribunal competente” para, a requerimento da parte vencida na instância administrativa, REVISAR a decisão nela proferida (art. 204) é tipicamente originária e determina a supressão de uma instância. Conseqüentemente surgirão sérios problemas, considerando-se o valor das provas coligidas na instância administrativa, o problema concernente à defesa do servidor (na instância administrativa não há necessidade de procurador habilitado, o que não é possível perante o Judiciário) e os efeitos da decisão cuja revisão se requer.

Com a redação dada ao § 4º do artigo 153 pela Emenda nº7/77 (condicionamento à exaustão das vias administrativas desde que não exigida garantia de instância, nem ultrapassado o prazo de cento e oitenta dias para decisão sobre o pedido) estabeleceu-se o “curso forçado” perante a administração, antes do ingresso em Juízo. A lei federal compete fixar normas de direito processual (art. 8º, XVII, letra b). Trata-se, no caso, do exercício do “direito de ação”, que pode ser condicionado.

Uma interpretação mais rigorosa do disposto no § 4º do artigo 153 poderá, inclusive, impedir a utilização de remédios constitucionais que asseguram o imediato resguardo contra atos ilegais e arbitrários praticados pela administração. Não há dúvida, no entanto, de que o curso forçado a ser fixado em lei

(máximo de 180 dias), não impedirá a utilização do mandado de segurança, como instrumento rápido e eficiente para refazimento de direito violado ou ameaçado de violação. Só descabera a impetração do “WRIT” se, ao pedido feito perante a administração (órgão encarregado do processo e julgamento) se confira “efeito suspensivo”, o que, de resto, já é condição prevista na própria lei do mandado de segurança (art. 5º, I da Lei 1533/51 — “Não se dará mandado de segurança de ato de que caiba recurso administrativo com efeito suspensivo, independente de caução”).

Pretendendo a administração, efetivamente, criar os órgãos autorizados pela Constituição, com competência inicial para exame dos litígios dos servidores e de questões fiscais e previdenciárias, deverá fazê-lo de forma a que se assegure representação paritária, envolvendo as classes diretamente interessadas.

Competindo aos Estados legislar sobre Direito Administrativo (art. 13, § 1º- poderes residuais) não há impedimento a que se constituam, na hierarquia do Poder Executivo — sem poder jurisdicional — órgãos colegiados aos quais seja deferida competência para exame das questões no âmbito administrativo. A lei estadual, no entanto, não poderá estabelecer normas que confirmem ao Tribunal de Justiça, competência para o julgamento, em grau de revisão, das decisões administrativas, por tratar-se, conforme acentuado, de norma de “direito processual”, cuja legislação é privativa da União.

Parece-nos que — em atendendo à tradição constitucional brasileira — o aconselhável seria a criação dentro do Judiciário, de uma JUSTIÇA ADMINISTRATIVA ESPECIALIZADA. A independência dos membros do Poder Judiciário traria maior segurança às decisões. Por outro lado, a especialização no campo do Direito Público é necessária, dadas as peculiaridades de que o mesmo se reveste e que nem sempre são percebidas pelo magistrado, cuja atividade principal envolve apenas questões de Direito Privado.

Os órgãos sugeridos pela Constituição — sem poderes jurisdicionais — além dos entraves à própria administração, não oferecerão as condições necessárias a tornar a Justiça mais ágil e aperfeiçoada e daí as restrições e críticas à forma de como foram propostos.