O CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO NA CONSTITUIÇÃO DE 1969

CRETELLA JÚNIOR *

1. O problema constitucional 2. Definição do contencioso administrativo 3. Modalidades 4. Contencioso administrativo francês 5. Contencioso administrativo italiano 6. Contencioso administrativo em outros sistemas 7. Contencioso administrativo, no Brasil 8. Abolição do contencioso administrativo brasileiro 9. O contencioso administrativo na Emenda Constitucional n.º 1, de 1969, no Brasil 10. Leis e Provimento atuais. 11. Conclusões e sugestões.

1. *O problema constitucional.* A Emenda Constitucional n.º 1, de 17 de outubro de 1969, surpreendeu os estudiosos do direito administrativo quando admitiu a possibilidade, entre nós, da criação, mediante lei, de uma justiça especial *para resolver os litígios decorrentes das relações do trabalho dos servidores públicos com a União, inclusive as autarquias e as emprêsas públicas federais, qualquer que seja o seu regime jurídico* (art.110), podendo a lei, para tanto, criar *contencioso administrativo* e atribuir-lhe competência para o julgamento daqueles *litígios* (art. 111).

A mesma Emenda Constitucional, em seu artigo 125, determina que os referidos litígios se processem e se julguem, em primeira instância, pelos juízes federais, no que repetiu preceito constitucional do diploma paralelo anterior, em seu artigo 119.

Dêsse modo, estabelecido por lei o contencioso administrativo, o

* Titular de Direito Administrativo da Faculdade de Direito de São Paulo.

julgamento das causas em questão sairia da esfera de competência dos juízes federais e passaria para o âmbito de novos juízes e tribunais, com o que se reduziria sobremaneira a extraordinária pauta da justiça federal.

A êsse tipo de *jurisdição trabalhista administrativa* o legislador constitucional deu, inadvertidamente, o mesmo nome com que na técnica do direito público se designa instituto de outra índole, o que levou os menos versados nestes estudos a pensarem que aquêle tipo de justiça administrativa que vigorou, no Brasil, outrora, iria ser agora ressuscitado por via da lei ordinária, na esteira da abertura constitucional.

Os comentadores da Constituição de 1969, não sabendo resolver o problema e temendo enfrentá-lo dentro do rigor técnico do direito público, nada disseram a respeito, deixando em branco o comentário ao artigo 111 da Emenda n.º 1, de 1969, limitando-se, tão só, a repetir as palavras da lei em outra ordem e a substituir os vocábulos por seus sinônimos, na tentativa frustrada de dar ilusória aparência de comentário ao próximo texto magno desfigurado.

O intuito dêste trabalho é a) demonstrar a falta de técnica que presidiu à redação do artigo 111, no qual a expressão *contencioso administrativo* está deslocada, ao ser usada com significação *sui generis*, jamais conhecida em outros sistemas jurídicos; b) demonstrar que o artigo 111 não cogita reviver o nosso antigo contencioso administrativo, nos moldes conhecidos em outros tempos; c) demonstrar a impossibilidade de conciliação do conselho constitucional com a nossa atual organização judiciária, regida pelo princípio clássico de que "a lei não poderá excluir da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão de direito individual" (art. 153, § 4.º); d) demonstrar que a lei *não poderá* e *nem deverá* criar o *contencioso administrativo* para processar e julgar os litígios decorrentes das relações de trabalho dos servidores públicos federais com a União, autarquias e emprêsas públicas federais, pelo simples motivo de que, no caso, não se configura o instituto do *contencioso administrativo*, nos esquemas conhecidos; e) demonstrar que ditos litígios são da competência exclusiva dos juízes federais, devendo ser interposto recurso, se couber, para o Tribunal Federal de Recursos, como se vem fazendo, desde a Constituição de 1967 (art. 119), confirmada pela atual (art. 125); f) sugerir que o artigo 111 da Emenda n.º 1, de 17 de outubro de 1969, deve ser objeto de cuidadoso estudo.

Tais foram os problemas que se nos apresentaram quando o Ministro da Justiça professor Alfredo Buzaid, nos nomeou Presidente da Comissão de Estudos do Contencioso Administrativo, cuja finalidade era, precisamente, a de analisar a viabilidade da implantação, no Brasil, da justiça administrativa, com tôdas as conseqüências dessa inovação diante da realidade pátria.

2. *Definição do contencioso administrativo*. A noção do *contencioso administrativo* é correlata à de justiça administrativa, sistema de jurisdição de competência específica, limitado ao julgamento de litígios em que é parte ou tem interêsse direto a Administração.

Quando a competência para julgar êsses litígios é atribuída a órgãos da Administração, impõe-se a criação de um aparelhamento autônomo, com tribunais, juízes e organização especial.

Para alguns, tratar-se-ia de autoridades cuja missão exclusiva seria a de resolver os litígios administrativos; para outros, tratar-se-ia de simples tribunais judiciais, especializados. Em ambos os casos, porém, o objeto é o mesmo, culminando com a prolação de sentença que põe fim à controvérsia entre a Administração e o administrado, funcionário ou particular.

"A estrutura, a composição, a organização e a competência dêsses órgãos variam, mas o que lhes serve de ponto de referência, o que os caracteriza é, precisamente, o poder jurisdicional, com exclusão dos tribunais ordinários, para conhecer de um certo número de questões que sob o ponto de vista formal ou material estão incluídas, *ex vi legis*, na sua competência. Há uma tendência cada vez mais acentuada para que esta distinção entre as duas jurisdições — administrativa e ordinária — seja mais definida, outorgando-se aos tribunais administrativos maior autonomia" (BRANDÃO CAVALCANTI, Themístocles. *Tratado de direito administrativo*, 3. ed., 1956, v. IV, p. 511).

Assim como se fala em justiça criminal, justiça civil, justiça trabalhista, justiça tributária, fala-se também em *justiça administrativa*.

"Ocorre a jurisdição administrativa quando a autoridade pertence, por sua formação, à Administração, ou totalmente, ou, se se trata de autoridade colegiada, no que se refere à maior parte de seus membros. O fato de entrarem, na composição do colégio judicante, alguns juízes pertencentes à ordem judiciária (quando a maioria continua composta de funcionários administrativos), não tira dêsses tribunais o caráter de jurisdição administrativa, quando se trata de controvérsia em que a Administração entra como parte, sempre que substancialmente seja uma das pessoas da relação, sendo irrelevante, no caso, que ela formalmente compareça ou possa comparecer em juízo" (VITTA, Cino. *Diritto amministrativo*, 3. ed., 1949, v. II, p. 473-474).

Em muitos sistemas jurídicos, o juízo administrativo não difere do juízo civil pela finalidade, mas pelo objeto, entendendo-se por *objeto do juízo*, com Chiovenda, a vontade *concreta da lei* da qual se reclama a afirmação e a atuação, como também o próprio poder de exigir-lhe a atuação, isto é, a ação (CHIOVENDA, Giuseppe. *Principii di diritto processuale*, 3. ed., p. 83 e *Istituzioni di diritto processuale*, v. I, n.º 15. Cf. ainda ALESSIO, Francesco D' *Istituzioni di diritto amministrativo italiano*, 4. ed., 1949, v. II, p. 399).

A finalidade entre ambos os juízos é idêntica, porque em tôda jurisdição o Estado visa *diretamente* a atuação da lei, em sentido material. Só se pode dizer que, enquanto o juízo civil procura atingir *indiretamente* a reintegração dos direitos subjetivos ofendidos, na medida em que êstes são sempre o reflexo da norma, o juízo administrativo só *acidentalmente* pode reintegrá-los, porque êles, com a norma, objeto do juízo, não se acham nunca em relação direta e imediata" (ALESSIO, Francesco D'. *Istituzioni di diritto amministrativo italiano*, 4. ed., 1949, v. II, p. 399-400).

A justiça administrativa tanto se exerce pelos tribunais comuns, que julgarão as causas em que a Administração é parte, como pelos tribunais especializados, os primeiros ligados ao Poder Judiciário, os segundos ao Poder Executivo; no primeiro caso, as causas administrativas são decididas por magistrados e tribunais judiciários, no segundo caso, as referidas causas são julgadas por tribunais e juízes diversos dos judiciários.

Na primeira hipótese, temos os "sistemas de jurisdição una" — *una lex, una jurisdictio;* na segunda hipótese, temos os sistemas que admitem a dualidade de jurisdição", ou seja, ao lado dos *tribunais judiciários* funcionam, de maneira autônoma e inconfundível, os *tribunais administrativos*.

O *contencioso administrativo* merece especial referência, como sistema especial de jurisdição, originário de uma filosofia e de uma política de govêrno, surgida após a revolução francesa.

A expressão *contencioso administrativo*, de origem gaulesa, surgiu no direito positivo francês, passou à jurisprudência, desta à doutrina, firmou-se no país de origem e, apesar de criticada, pela evidente impropriedade de que se reveste, acabou sendo adotada pela terminologia universal e, por fim, incorporada para sempre à terminologia do direito administrativo, com o sentido de "sistema de jurisdição em que a Administração tem funções judicantes, é Juiz".

Composta de dois vocábulos — *contencioso* e *administrativo*, de sentido antitético, que se repelem por exprimirem idéias inconciliáveis (*contencioso* é o mesmo que *litigioso* e *administrativo* é o mesmo que *gracioso, voluntário*), a expressão global *contencioso administrativo* é uma *contradictio in terminis*, porque não é possível haver *contenda* ou *litígio* onde há, ao mesmo tempo, ausência de direito violado.

Feita a ressalva, a expressão *contencioso administrativo* pode ser aceita, já que tem por si a tradição e o uso universal.

Dividindo-se, com efeito, a jurisdição, em *contenciosa* e *administrativa*, ocorrendo a primeira quando *a relação de direito é conflitante*, verificando-se a segunda quando existe plena *comunhão de interêsses*, encontro de vontades que não se contrapõem, ou, quando contrapostas, o interessado não tem a respectiva *actio*, que o projeta; notando-se, por outro lado, que a administração exerce, por excelência, funções

estranhas à função jurisdicional, afeta esta ao Judiciário — é claro que, à primeira vista, os dois têrmos da expressão *contencioso administrativo* são incompatíveis.

Observe-se, porém, que o *contencioso administrativo* existe nos sistemas em que a Administração *julga*, é juiz, exerce *função contenciosa*, razão por que, quer sejamos a favor ou contra o instituto em exame, a verdade é que a mencionada e malsinada expressão tem a seu lado longa e respeitável tradição, devendo ser reservada nos estudos referentes à atividade processual litigiosa da Administração para designar palpitante e fecunda realidade do mundo administrativo.

A expressão *contencioso administrativo* designa, realmente, "o conjunto dos processos suscitados pela atividade administrativa e nos quais as autoridades administrativas ou seus agentes estão em jôgo" (BONARD, Roger. *Précis de droit administratif*, 1935, p. 103), ou então, "os processos nos quais a Administração está envolvida" (LAUBADÈRE, André. *Traité élémentaire de droit administratif*, 3. ed., 1963, v. I, p. 321), sendo pois, "o ramo do direito administrativo que tem por objeto a organização dos tribunais administrativos, o estudo de sua competência e a determinação das formas de processo que lhe dizem respeito" (FOIGNET, René. *Manuel élémentaire de droit administratif*, 16. ed., 1926, p. 636).

Autores mais modernos definem o *contencioso administrativo* como "o conjunto das contestações nascidas da ação administrativa quando ela se exerce segundo o direito administrativo" (RIVERO, Jean, *Droit administratif*, 3. ed., 1968, p. 117), ou como "o conjunto das regras de organização e de processo relativas à competência do juiz e às suas atribuições" (VEDEL, Georges. *Droit administratif*, 4. ed., 1968, p. 55), ou, genèricamente, como "o conjunto dos litígios administrativos" (DUEZ, Paul e DEBEYRE, Guy. *Traité de droit administratif*, 1952, p. 233).

Dêsse modo, quando a Administração julga os conflitos que ocorrem entre as próprias administrações públicas, ou entre estas e os particulares, temos o que se denomina de *contencioso administrativo* (BUTTGENBACH, André. *Manuel de droit administratif*, 1954, p. 12), para empregar a expressão em sentido rigorosamente técnico.

O contencioso administrativo consiste numa magistratura colegiada, dependente do poder executivo que, nos tempos mais progressistas, julga com as formas dos procedimentos judiciários (LENTINI, Arturo. *Istituzioni di diritto amministrativo*, 3. ed., 1939 v. II, p. 5).

A necessidade de um *contencioso administrativo* pretende fundamentar-se nos seguintes motivos: razão política, pela qual o poder executivo deve subtrair-se à ingerência do poder judiciário; competência especial dos juízos administrativos, que não se acha nos juízos ordinários; necessidade de rapidez para os assuntos administrativos

que, por sua natureza, não devem sofrer demora; experiência que atesta a favor do sistema do contencioso (LENTINI, Arturo. *Istituzioni di diritto amministrativo*, 3. ed., 1939, v. II, p. 5).

Sob o ângulo *formal*, define-se o *contencioso administrativo* em razão dos órgãos competentes para conhecer as controvérsias que provoca a ação administrativa, quando tais órgãos são tribunais especiais, denominados tribunais administrativos; sob o ângulo *material*, existe o *contencioso administrativo* quando há controvérsia entre o particular, afetado em seus direitos, e a Administração, em razão de ato desta última (FRAGA, Gabino. *Derecho administrativo*, 12 ed., p. 470).

O *contencioso administrativo* só expressa, por definição, a idéia de litígio, de contenda, surgida em razão da ação administrativa. Por isso, trata-se de conceito geral e compreensivo, referido sempre à *matéria* (BIELSA, Rafael. *Derecho administrativo*, 5. ed., 1957, v. V. p. 85).

Para que exista a jurisdição contenciosa administrativa é necessário, além disso, que se atribua a órgãos do poder administrador, ou seja, a autoridade especial, se bem que diversa da administração *ativa*, o conhecimento e a decisão dos litígios que surgem entre a Administração e os particulares ou entre entidades administrativas, sempre que, é claro, os litígios sejam conseqüência dos atos ou fatos administrativos (BIELSA, Rafael, *Derecho administrativo*, 5. ed., 1957, v. V. p. 85).

Em sentido amplo, a expressão *contencioso administrativo* designa sempre a *matéria*, objeto de litígio, mas em sentido próprio expressa um regime jurisdicional especial, organizado para resolver os conflitos entre um direito do particular e o da Administração.

Contencioso administrativo é o *sistema de jurisdição em que os litígios entre Administração e administrados são resolvidos não pelo Poder Judiciário, mas por tribunais especiais — os tribunais administrativos*.

3. Modalidades. Sob a denominação genérica de *contencioso administrativo*, que designa o *sistema de jurisdição dúplice*, oposto ao *sistema de jurisdição una*, a doutrina distingue diversas modalidades; primeiro, o *sistema absoluto* ou *francês*, depois, o *sistema moderado*, que distingue os *atos de império* dos *atos de gestão*, atribuindo o julgamento dos litígios decorrentes dos primeiros à competência das autoridades administrativas.

Nesta hipótese, contencioso administrativo é o sistema de jurisdição em que os litígios oriundos dos *atos de império* são entregues à Administração a quem cabe resolvê-los.

O sistema do *contencioso administrativo moderado* apresenta duas modalidades: a primeira, que se distingue por entregar à jurisdição

especial, constituída de tribunais administrativos diferenciados, todos os litígios administrativos, a segunda, que se distingue por atribuir aos funcionários da própria Administração — os denominados funcionários *ativos* — a resolução dos referidos conflitos.

Em qualquer das modalidades, porém, o sistema do *contencioso administrativo*, quer *absoluto*, quer *moderado*, ou seja, quer constituído de *tribunais integrados por julgadores especiais*, quer constituído por *julgadores pertencentes aos próprios quadros da Administração ativa*, é um modo de julgar que se opõe ao *sistema da jurisdição una*, em que prevalece o princípio de *una lex, una jurisdictio*.

4. Contencioso administrativo francês. O *contencioso administrativo* nasceu na França, por ocasião da Revolução, tendo encontrado apoio no famoso e clássico texto da lei de 16-24 de agôsto de 1790, artigo 13: "As funções judiciárias são distintas e permanecerão sempre separadas das funções administrativas. Não poderão os juízes, sob pena de prevaricação, perturbar de qualquer modo as operações dos corpos administrativos, nem citar diante de si os administradores por motivo das funções que êstes exercem".

Êsse artigo consagra de modo definitivo, na França, o "princípio da separação das autoridades administrativa e judiciária", expressão da separação dos podêres, fundamento da dualidade das jurisdições.

Acreditavam os responsáveis pelo Poder, no período posterior à Revolução Francesa, que os processos administrativos não deveriam ser julgados pelos tribunais judiciários, porque, nesse caso, ficaria comprometida a independência da Administração. Era voz corrente, na época, que o Poder Judiciário, julgando as causas de interêsse da Administração, estaria perturbando as operações dos corpos administrativos (LAUBADÈRE, André de. *Traité élémentaire de droit administratif*, 3. ed., 1963, v. I, p. 324).

O *contencioso administrativo* francês compreende quatro ramos distintos, a saber, o contencioso *de plena jurisdição*, o *de anulação*, o *de interpretação* e o *de repressão*.

O *contencioso de plena jurisdição* ou contencioso, pròpriamente dito, confere ao tribunal administrativo o poder de examinar o caso, *quanto ao fato* e *quanto ao direito* e, se necessário, o poder de substituir a decisão tomada por nova decisão.

O *contencioso de anulação* ou recurso por *excesso de poder* ou por incompetência, confere ao tribunal administrativo o poder de destruir o ato da Administração, caso esteja inquinado de ilegalidade, sem, entretanto, nada colocar no lugar do ato desfeito.

O *contencioso de interpretação* confere ao tribunal administrativo o poder de fixar o âmbito exato do ato administrativo, revelando-lhe a essência.

O *contencioso de repressão* confere ao julgador atribuições de juiz de fato e de direito, assemelhando-se, pois, ao contencioso de plena jurisdição.

A implantação do *contencioso administrativo,* na França, não ocorreu de uma só vez, *ex abrupto.* Ao contrário, resultou de progressiva recepção.

Ao excluir do *contencioso administrativo* os *tribunais judiciários,* a Revolução Francesa não organizou, imediatamente, tribunais administrativos. Adotou o sistema da *administração-juiz,* solução que aos poucos se foi transformando num sistema de jurisdição administrativa.

Num primeiro estágio, a solução foi a de confiar o contencioso administrativo à Administração e, no âmbito desta, aos *administradores ativos* (Rei, ministros, administradores de departamentos).

Em nome do princípio de separação dos podêres, optou-se por esta solução, que hoje parece paradoxal, de confiar uma parcela da função de julgar a autoridades administrativas. A Administração ficaria assim, segundo a opinião corrente da época, independente de julgadores pertencentes a outro Poder.

Considerável progresso se verificou, na época do Consulado, quando, no ano VIII, ao lado da Administração Ativa se criou a Administração Consultiva, ou seja, Conselhos Administrativos, encarregados de dar Pareceres às autoridades administrativas ativas, a saber, o Conselho de Estado e os Conselhos da Prefeitura. Na realidade, a êstes Conselhos é que foi deferido o contencioso administrativo, mas de tal maneira que a transformação deixava subsistir a fórmula da *administração-juiz.*

A Lei de 24 de maio de 1872 consagrou a invocação, instituindo, em definitivo, para o Conselho de Estado a *justiça delegada.* Dessa época em diante, o Conselho de Estado resolve os litígios que lhe são submetidos sem intervenção do Chefe do Executivo. Na mesma ocasião, era criado o *Tribunal de Conflitos* a quem se confiou a tarefa de decidir os denominados *conflitos de atribuição,* quando havia dúvidas de competência entre a *ordem administrativa* e a *ordem judiciária.*

O princípio da separação das autoridades administrativa e judiciária era assim completado pelo da *separação das administrações ativa e contenciosa;* pela conjugação dêstes dois princípios, o sistema da jurisdição administrativa estava formado. Ficava êle, entretanto, ainda obscurecido por uma teoria — a denominada teoria do *ministro-juiz* — da qual deveria desembaraçar-se para adquirir perfeita nitidez.

A razão prática que, na época da Revolução Francesa, levara a interpretar a criação do contencioso administrativo, desapareceu, em nossos dias. A desconfiança em relação ao juiz judiciário não subsiste mais. O que ocorre, atualmente, é que o magistrado judiciário, chamado a conhecer questões contenciosas, é até mais complacente na

censura jurídica dos atos da Administração do que o magistrado administrativo.

Uma nova razão prática veio substituir a razão primitiva. Os magistrados administrativos têm uma *aptidão técnica* maior do que os magistrados judiciários, porque o direito administrativo aplicável ao contencioso administrativo se foi tornando aos poucos um direito muito especial, fundamentalmente diverso do direito civil, exigindo jurisdição especializada.

Dita autonomia do direito administrativo, pelo menos na França, é devida aos tribunais administrativos, cujos julgados contribuíram para uma perfeita estruturação da disciplina e para sua configuração tôda original.

A organização da jurisdição administrativa oferece aspecto bem diverso da jurisdição judiciária, se bem que, no ápice de cada uma dessas ordens jurisdicionais, exista um tribunal supremo — o *Conselho de Estado,* para a ordem administrativa, a *Côrte de Cassação,* para a ordem judiciária.

No entanto, nos degraus menores de jurisdição, a diferença é patente entre a *ordem judiciária* e a *ordem administrativa,* porque a jurisdição judiciária é constituída de categorias relativamente pouco numerosas, hierarquizadas e de competências gerais, em especial para os tribunais civis, ao passo que a jurisdição administrativa conhece uma grande multiplicidade de tribunais de competências diversas e, inúmeras vêzes, muito particulares. Em virtude da crescente *especialização técnica,* êsses tribunais se têm multiplicado.

No âmbito da jurisdição administrativa, distingue-se, na França, em primeiro lugar, pela importância o *Conselho de Estado,* o superior comum de todos os outros tribunais administrativos, côrte que diz a última palavra na decisão dos litígios. É a côrte suprema da justiça administrativa.

Subordinando-se ao Conselho de Estado, situando-se, pois, em plano inferior, na escala judicante, estão dispostos os Conselhos de Prefeitura, os Conselhos do Contencioso Administrativo, o Tribunal Administrativo da Alsácia-Lorena, o Conselho das Prêsas Marítimas, o Júri Nacional dos Mercados de Guerra. Todos êstes tribunais estão subordinados ao Conselho de Estado por via de recurso de *apelação.*

Por via do recurso de cassação, subordinam-se ao Conselho de Estado os seguintes tribunais administrativos: a Côrte de Contas, a Côrte de Disciplina Orçamentária, os Conselhos de Revisão, o Conselho Superior de Educação Nacional, a Comissão Central de Assistência, as Jurisdições de Pensões de Guerra, a Comissão de Revisão dos Contratos de Fortificações, Conselhos das Ordens dos Médicos e dos Arquitetos, Comissão de Contrôle dos Bancos (LAUBADÈRE, André de. *Traité élémentaire de droit administratif,* 1953, p. 244 a 255).

Enfim, nestes quase 200 anos de contencioso administrativo, na França, a experiência tem dado resultados positivos, ressaltando-se a construção jurisprudencial do Conselho de Estado, cuja elaboração pretoriana é apontada pela doutrina, na França, como a própria razão de ser do direito administrativo.

5. Contencioso administrativo italiano. Ao contrário do que ocorreu na França, o contencioso administrativo italiano não conseguiu nem a unidade, nem a eficiência de seu símile gaulês.

No Piemonte, as leis de 1842, 1847 e 1859 implantam o contencioso administrativo com dois órgãos de jurisdição — o Conselho de Intendência, em primeiro grau, a Câmara de Contas e depois o Conselho de Estado, em segundo grau. Sistema análogo encontra-se nos Estatos Pontifícios. A legislação napolitana, desde 1848, é análoga à francesa.

No Lombardo-Veneto, a jurisdição administrativa confunde-se com a Administração. No Ducado de Parma, uma seção do Conselho de Estado funciona como órgão de primeiro grau, as Seções Unidas julgam em segundo grau. Apenas o Grão-Ducado de Toscana tem jurisdição única.

Depois de animadas discussões e, seguindo o exemplo da legislação belga da época, foi promulgada, na Itália, a Lei de 20 de março de 1865 que, em seu artigo 1.º, aboliu o contencioso administrativo, conservando, por exceção, as atribuições das Côrtes de Contas, em matéria de contabilidade e de pensões, do Conselho de Estado, em matéria de empréstimos, de débito público, de temporalidade e outras matérias eclesiásticas, de conflitos de atribuição entre a autoridade administrativa e judiciária, e as competências de outros corpos ou colégios que derivam de leis especiais.

As controvérsias atribuídas aos tribunais especiais abolidos passaram para o âmbito da jurisdição ordinária, ou à autoridade administrativa, conforme as disposições dos artigos das respectivas leis (LENTINI, Arturo. *Istituzioni di diritto amministrativo,* 3. ed., 1939, v. II, p. 7).

6. Contencioso administrativo em outros sistemas. Seria longo enumerar todos os sistemas jurídicos que, em nossos dias, admitem o contencioso administrativo, com variantes maiores ou menores.

Entre êsses sistemas podemos citar o *belga* (CAPART, Maurice. *Droit administratiff élémentaire,* 2. ed., 1924, p. 235; WIGNY, Pierre. *Droit administratif,* 1953, p. 355; BUTTGENBACH, André. *Manuel de droit administratif,* 1954, p. 12), *o sistema português* que considera pertinentes ao contencioso administrativo as questões submetidas a decisão jurisdicional *segundo o direito administrativo,* ficando, portanto, excluídas aquelas em que a Administração esteja interessada, mas que hajam de ser resolvidas pela aplicação de normas de outros

ramos do direito (CAETANO, Marcello. *Manual de direito administrativo*, 6. ed., 1963 p. 354), *sistema mexicano* (FRAGA, Gabino. *Derecho administrativo*, 12. ed., 1968, p. 470), que admite um contencioso administrativo formal e um contencioso administrativo material, chegando-se, nesta segunda hipótese, a "falar de contencioso-administrativo mesmo nos casos em que o litígio é submetido, por lei, ao conhecimento do Poder Judiciário" (FRAGA, Gabino. *Derecho administrativo*, 12. ed., 1968, p. 470), *sistema argentino* (BIELSA, Rafael. *Sobre lo contencioso administrativo*, 2. ed., 1954; *Derecho administrativo*, 5. ed., 1957, v. V, p. 85), em que a função jurisdicional da Administração pública consiste em conhecer e decidir as controvérsias nascidas entre ela e os administrados em razão de seus atos, denominando-se, por isso, *jurisdição contenciosa administrativa* ou *justiça administrativa*. A êsse respeito, porém, cumpre observar a terminologia, pois não se confunde a *matéria* contenciosa administrativa com a *jurisdição* contenciosa administrativa, que alguns consideram a mesma coisa.

Na Argentina, tanto no plano nacional, como no provincial, existe a matéria contenciosa administrativa, mas não a jurisdição contenciosa administrativa. Há tão só a jurisdição *judicial* (BIELSA, Rafael. *Derecho administrativo*, 5. ed., 1957, v. V, p. 85).

No Uruguai, o regime do contencioso administrativo vigente é o resultado de lenta evolução do direito positivo e da interpretação jurisprudencial e doutrinária, não tendo sido criado de uma só vez, mas através de diversos textos constitucionais e legais, que introduziram modificações e derrogações sucessivas, até culminarem com a criação do Tribunal do Contencioso Administrativo, em 1952 (LASO, Enrique Sayagués, *Tratado de derecho administrativo*, 1959, v. II, p. 518 e *O tribunal do contencioso administrativo*, 1952).

7. Contencioso administrativo, no Brasil. Conheceu o Brasil-Colônia ambos os tipos de jurisdição; a denominada *jurisdição una*, em que a função judicante cabia por excelência ao Poder Judiciário e a denominada *jurisdição dúplice*, em que, ao lado do Judiciário existe o Executivo julgando, ou seja, o sistema do contencioso administrativo.

A convergência de todos os podêres na pessoa do soberano excluía a intervenção de qualquer autoridade, em matéria de ação governamental, já que a monarquia absoluta dava podêres incomensuráveis ao soberano.

Não era assim possível, naquele período, um verdadeiro contencioso administrativo, decorrente de atos da Administração, com probabilidade de efetiva justiça, porque a última palavra cabia ao rei.

É fato que a decisão de quaisquer causas, ainda que oriundas da ação administrativa, competia aos juízes e tribunais ordinários, mas a magistratura era simples e dócil instrumento do govêrno, podendo o

soberano a seu livre alvedrio avocar as causas pendentes de solução judicial, decidindo-as, imediata e irremediàvelmente.

Nenhuma segurança, é claro, oferecia o sistema aos administrados, em virtude do predomínio absoluto do poder real.

Tal estado nefasto de coisas, porém, não era inerente às causas em que os particulares contendessem com a Administração. Refletia o vício insanável que representa, para a tutela de todos os direitos, uma magistratura dependente e servil, aos pés da onipotência do Executivo.

"Nem qualquer autoridade ia ou podia ir de encontro ao que o Govêrno julgasse de interêsse público. Tinha êste muitos meios para fazê-la embicar no caminho que convinha, e era tão forte que não podia ser, e não era, contrariado. Eram os Juízes seus delegados e instrumentos e não havia divisão entre o poder judicial e administrativo, que jaziam confundidos" (URUGUAI, Visconde do. *Ensaio sôbre o direito administrativo,* 1862, v. I, p. 135-136).

Por muito tempo o conhecimento das questões entre a Fazenda Real e os particulares foi da exclusiva competência dos tribunais judiciais.

Reconhecendo, porém, o gênio do Marquês de Pombal que tal sistema era defeituoso, procurou implantar, na Colônia, o contencioso administrativo, criando, mediante duas leis de 22 de dezembro de 1761, o *Tesouro Real e Real Erário* e o *Conselho da Fazenda* (URUGUAI, Visconde do. *Ensaio sôbre o direito administrativo,* 1862, v. I, p. 137).

No Tesouro Real ficou concentrada a administração fiscal, extinguindo-se todos os ofícios, incumbências e formas de arrecadação anteriores; ao Conselho da Fazenda, além de uma jurisdição denominada *voluntária,* foi confiada a *jurisdição contenciosa,* referente à dívida *ativa* da Fazenda Real. Os litígios relativos à dívida passiva da mesma Fazenda continuaram, porém, sujeitos à magistratura ordinária.

Aos poucos outras jurisdições contenciosas foram outorgadas a diferentes órgãos da Administração, continuando êsse regime dúplice até o período seguinte de nossa história, quando o país proclama a Independência (Cf. nosso *Tratado,* 1969, vol. VI, p. 96).

A emancipação do Brasil do domínio luso trouxe relevantes conseqüências para o nosso regime administrativo. "A inauguração do sistema constitucional representativo entre nós deu nova tendência ao espírito de nossos legisladores" (RIBAS, Antônio Joaquim. *Direito administrativo,* 1866, p. 146).

Bastante restrito o contencioso administrativo. E poucos o conheciam. "Acostumados muitos à antiga organização judiciária administrativa portuguêsa que nos regera e regia", escreve o Visconde do Uruguai, "imbuídos na idéia de que não pode haver justiça senão na magistratura togada e perpétua, receosos do que lhes parecia aumento de influência ao Govêrno, êsse mesmo enfezado contencioso adminis-

trativo, 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 (URUGUAI, Visconde do. *Ensaio sôbre o direito administrativo*, 1862, v. I, p. 154-155).

O Visconde do Uruguai era fervoroso adepto do contencioso administrativo, não obstante escrevesse em 1862, época em que a luta entre a *jurisdição una* e o *contencioso* era acirrada, observando-se manifesta inclinação por aquêle sistema, em detrimento dêste, que, recebendo golpe após golpe, vai tendo cada vez mais restrito seu campo de ação.

Inegável a existência do *contencioso administrativo* na época imperial, bastando, para ter-se notícia do instituto, a consulta às obras clássicas daquele período (RÊGO BARROS, Henrique. *Apontamentos sôbre o contencioso administrativo*, 1874 e *Elementos de direito administrativo brasileiro*, 1857, v. I, p. 207; VEIGA CABRAL. *Direito administrativo brasileiro*, 1859, p. 77; PIMENTA BUENO. *Direito público brasileiro*, 1857, 2. parte, p. 379).

Inequívoca também a oposição sistemática ao instituto, ao mesmo tempo que claro o apoio ao sistema da jurisdição una.

8. Abolição do contencioso administrativo brasileiro. Em 1891, a Constituição Federal dedicou expresso dispositivo ao assunto, determinando: "Compete aos juízes ou tribunais federais processar e julgar: a) as causas em que alguma das partes fundar a ação, ou a defesa, em disposição da Constituição Federal; b) tôdas as causas propostas contra o Govêrno da União ou Fazenda Nacional, fundadas em disposições da Constituição, leis e regulamentos do Poder Executivo, ou em contratos celebrados com o mesmo Govêrno; c) as causas provenientes de compensações, reivindicações, indenizações de prejuízos ou quaisquer outras, propostas pelo Govêrno da União contra particulares ou vice-versa" (artigo 60).

As expressões *tôdas as causas* e *quaisquer outras*, empregadas no mandamento constitucional, foram analisadas por João Barbalho (*Comentários à Constituição Federal Brasileira*, 1902, p. 249-250), Pedro Lessa (*Do Poder judiciário*, 1915, p. 143), Manuel Pedro Vilaboim (Qual o caráter do contencioso administrativo perante a Constituição Federal?, na *Revista da Faculdade de Direito de São Paulo*, 1893, p. 84) e Mário Masagão (*Em face da Constituição Federal, não existe, no Brasil, o Contencioso Administrativo*, 1927, p. 148).

"Sob o regime imperial havia um certo número de questões, em que era interessada a fazenda pública, para cujo processo e julgamento se outorgava competência à própria Administração. Tínhamos o *contencioso administrativo*, mais ou menos organizado de acôrdo com os princípios respectivos do direito francês. Pelas citadas disposições da Constituição Federal foi claramente revelado o pensamento do

legislador constituinte de abolir o contencioso administrativo, confiando-se aos tribunais judiciários a atribuição de processar e julgar os feitos que antes eram da competência dos tribunais administrativos" (LESSA, Pedro. *Do poder judiciário*, 1915, p. 143-144).

Coube a Manuel Pedro Vilaboim, antigo mestre da Faculdade de Direito de São Paulo, o mérito de ter sido o primeiro a suscitar o problema equacionado nas seguintes indagações: qual a situação do contencioso administrativo perante a Constituição Federal de 1891? Foi abolido? Continua a existir? E a refutação veemente do instituto, incompatível com o regime liberal de nosso regime republicano, foi feita por Vilaboim, Pedro Lessa, Cardoso de Melo Neto e Mário Masagão.

Nunca mais, a partir dessa época, foi revivido o instituto do *contencioso administrativo*, entre nós, visto que prevaleceu ininterruptamente *o sistema da jurisdição una.*

9. O contencioso administrativo na Emenda Constitucional n.º 1, *de* 1969, *no Brasil.* Pela primeira vez, em nosso regime republicano, aparece, num texto constitucional, a expressão *contencioso administrativo* (art. 111, da Emenda n.º 1, de 1969).

Em que sentido ter-se-ia usado esta expressão técnica de significado tradicional e preciso, no âmbito do direito administrativo?

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

O artigo 110 estatui: "Os litígios decorrentes das relações de trabalho dos servidores com a União, inclusive as autarquias e as emprêsas 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 de Recursos".

Ausente da Constituição de 1967, o conteúdo do artigo 111 é absoluta novidade, entre nós, ao dizer que "a lei *poderá*" (e não: *deverá*) "criar o contencioso administrativo para processar e julgar as causas que, agora, são da competência dos juízes federais (art. 125, I), devendo ser interposto recurso, se couber, para o Tribunal Federal de Recursos (arts. 110 e 122, II). Esta parte final é mais ou menos a repetição do que se determinou na Constituição de 1967 (art. 119, I e art. 117, II).

O Decreto-lei n.º 200, de 25 de fevereiro de 1967 e o Decreto-lei n.º 900, de 29 de setembro de 1969, encarregaram-se de definir as autarquias e as emprêsas públicas.

Pretenderia porventura a Emenda n.º 1, em seu artigo 111, implantar no Brasil, efetivamente, o *contencioso administrativo*, ou seja, um sistema especial de jurisdição para processar os litígios entre a Administração e os administrados? E se se implantasse êsse sistema

de jurisdição, nos estritos limites da possibilidade constitucional, isso configuraria o instituto do contencioso administrativo, como é entendido, universalmente, conforme a técnica rigorosa do direito público?

Em primeiro lugar, concretizada a aspiração constitucional haveria uma espécie de jurisdição especial, uma Justiça Trabalhista Administrativa para resolver sòmente os litígios entre União, autarquias federais e emprêsas públicas federais (de um lado) e servidores públicos dessas entidades, de outro.

Logo de início estariam excluídos todos os funcionários públicos, cujo regime jurídico é diverso do regime jurídico dos servidores públicos. Estariam excluídos também os administrados, os particulares, atingidos por atos danosos dos agentes públicos federais. Haveria uma justiça muito específica, muito restrita, nos moldes da justiça do trabalho, mas com ela inconfundível.

Não haveria, porém, em hipótese alguma, o instituto do *contencioso administrativo*. Bastaria que o legislador 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".

Evidente o intuito da Emenda Constitucional que atribuiu aos juízes federais de primeira instância competência para conhecer e julgar as causas que, anteriormente, eram da competência da Justiça do Trabalho, desde que interessadas a União, entidades autárquicas ou emprêsas públicas federais.

Inicialmente, o art. 110 abrangia os *servidores* federais (da União, autarquias e emprêsas públicas), não considerados *funcionários públicos*, isto é, não submetidos ao Estatuto dos Funcionários Públicos Civis da União. Abrangia, sòmente, a pessoal que exercesse atividades na qualidade de servidores submetidos a regime jurídico diverso. Excluíam-se, assim, as sociedades de economia mista e quaisquer outras entidades definidas em lei como sociedades mercantis, como, por exemplo, a Rêde Ferroviária Federal, cujos litígios estão afetos à Justiça do Trabalho, como sempre o foram, e não à Justiça Federal, como recomendava a disposição constitucional anterior, quando interpretada indevidamente.

Em suma, *a lei não poderá criar contencioso administrativo* para resolver os mencionados *litígios*, apenas porque tal criação teria *o nome* de *contencioso administrativo*, mas não seria o instituto do contencioso, visto configurar outro instituto jurídico. A rotulação seria uma, a realidade das coisas seria outra. Seria uma Justiça Trabalhista de feitio todo especial.

10. Leis e Provimento atuais. O art. 109, da Emenda Constitucional n.º 1, de 17 de outubro de 1969, estabelece que "lei federal, de iniciativa exclusiva do Presidente da República, definirá o regime

jurídico dos servidores públicos da União, do Distrito Federal e dos Territórios" (inciso I).

No entanto, essa mesma lei federal não poderia instituir o *contencioso administrativo*, como é entendido, tècnicamente, porque tal criação implicaria o estabelecimento de uma Justiça Administratva autônoma, totalmente independente do Poder Judiciário, até a última instância, o que não se harmonizaria com o que preceitua o § 4.º, do art. 153, da mesma Emenda n.º 1: "A lei não poderá excluir da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão de direito individual".

Ora, se é o Tribunal Federal de Recursos quem julga, em grau de recurso, as causas decididas pelos juízes federais; se é o Tribunal Federal de Recursos quem teria competência para o julgamento dos *litígios*, em grau de recurso, nas hipóteses dos Art. 110 e 111, da Emenda n.º 1, que *contecioso administrativo sui generis*, seria, êsse, vinculado ao Poder Judiciário?

Dentro da sistemática constitucional vigente e da tradição judiciária brasileira, nem teria cabimento um *contencioso administrativo*, nos moldes francês, belga ou luso, nem muito menos — e isto seria uma aberração jurídica, indefensável — um *meio-contencioso*, um *contencioso trabalhista federal*, um *fôro privilegiado, uma justiça de exceção*, sempre, afinal, dependente do Poder Judiciário.

Teríamos, por exemplo, num mesmo organismo, numa autarquia federal, *servidores* e *funcionários*, uns batendo às portas do *contencioso administrativo*, outros recorrendo à *justiça comum*.

Entrando em vigor a Emenda n.º 1 de 17 de outubro de 1969, alguns juízes federais se declararam incompetentes para o processamento e julgamento das causas de natureza trabalhista contra a União, autarquias federais e emprêsas públicas federais, prenunciando-se, mesmo, na prática, conflitos de atribuição entre Juízos Federais e Juntas de Conciliação e Julgamento, quando o Ministro Amarílio Benjamin baixou Provimento para resolver o ímpasse, determinando que enquanto não fôsse criado o contencioso administrativo a que se referia o art. 111 da Emenda n.º 1, as causas definidas no art. 110 deveriam ser, imediatamente, processadas e julgadas pelos Juízes Federais, com observância das normas processuais constantes da Lei n.º 1.890, de 1953, e de outras que disciplinem a mesma matéria.

Por sua vez, o Supremo Tribunal Federal decidiu: "ainda que a decisão do juiz de direito, fazendo as vêzes de juiz do trabalho, pudesse originar recurso para o Tribunal do Trabalho, face ao disposto no art. 110, da Constituição Federal, de aplicação imediata, passou êle para o Tribunal Federal de Recursos" (Súmula 251).

Não está, com efeito, a Rêde Ferroviária Federal sujeita ao fôro privativo da União, a não ser se a própria União intervier diretamente na causa (*RTJ 51*:238) e o Tribunal Superior do Trabalho decidiu: "tratando-se de Sociedade de Economia Mista e não de Emprêsa Pú-

blica Federal, a Justiça do Trabalho é competente para julgar o feito. Não transforma a natureza jurídica da sociedade o fato de não ter ainda a União à venda parte de suas ações" (*Revista do TST*, 1970, p. 151).

A Lei n.º 5.632, de 2 de dezembro de 1970 estabeleceu uma gratificação para os Juízes Federais Substitutos "pelo desempenho das atribuições que lhes foram conferidas pelo art. 110 da Constituição".

A Lei n.º 5.638, de 3 de dezembro de 1970 determinou, em seu artigo 1.º: "As ações trabalhistas em que sejam partes a União, suas autarquias e as emprêsas públicas federais serão processadas e julgadas pelos Juízes da Justiça Federal, nos têrmos do artigo 110 da Constituição, observado, no que couber, o disposto no Título X da Consolidação das Leis do Trabalho, aprovada pelo Decreto-lei n.º 5.452, de 1.º de maio de 1943 e no Decreto-lei n.º 779, de 1 de agôsto de 1969." "O recurso ordinário cabível da decisão de primeira instância processar-se-á consoante o Capítulo VI do Título X da Consolidação das Leis do Trabalho, competindo-lhe o julgamento ao Tribunal Federal de Recursos, conforme dispuser o respectivo Regimento Interno."

O Tribunal Superior do Trabalho, o Conselho da Justiça Federal (Provimento n.º 59, de 14/12/1970) e o Tribunal Federal de Recursos (Resolução n.º 14, de 15/12/70) procuraram disciplinar a matéria, tudo em consonância com o art. 110 da Emenda Constitucional n.º 1, inclusive mediante alteração de dispositivos regimentais.

11. *Conclusões e sugestões*. O Senhor Ministro da Justiça, professor Alfredo Buzaid, há algum tempo, percebendo a importância do assunto, mercê de suas implicações sociais, econômicas e jurídicas, nomeou Comissão especial para o estudo da viabilidade da criação do *contencioso administrativo* entre nós, dentro da sistemática constitucional, seguindo a recomendação constante do dispositivo magno, consubstanciado no art. 111.

A *Comissão de Estudo do Contencioso Administrativo*, composta dos professôres e juristas eminentes, Wilson de Campos Batalha e Camillo Ashcar, por nós presidida, fêz a exegese do artigo 111, comparando-o com outros dispositivos da Emenda n.º 1, com a Constituição de 1967, sem esquecer a realidade brasileira, tendo inclusive solicitado ao eminente Ministro Amarílio Benjamin, Presidente do Tribunal Federal de Recursos, que informasse o número de litígios trabalhistas recebidos pelas Seções Judiciárias da Justiça Federal de Primeira Instância, até 27 de novembro de 1970.

O inventário realizado revelou que o maior movimento foi o do Estado da Guanabara com 860 processos, seguindo-se Pernambuco com 461 processos, Minas Gerais com 368 processos, Rio de Janeiro com 302 processos, Distrito Federal com 271 processos, São Paulo com 267 pro-

cessos, Rio Grande do Sul com 255 processos, Pará com 210 processos e os demais Estados com menos de 200 processos.

O total dos processos, recebidos na Justiça do Trabalho, é de 2.671; originários das Seções, 1.259, perfazendo o total de 3.930 (três mil novecentos e trinta).

As conclusões a que chegamos, em face das disposições constitucionais e da realidade brasileira, são as seguintes: 1.ª) A expressão *contencioso administrativo*, usada pelo legislador de 1969, não foi empregada em seu sentido técnico, de acôrdo com o que preceituam a doutrina e a prática administrativa; 2.ª) O *contencioso administrativo*, sistema de jurisdição nascido na França e por nós importado, durante o Império, para resolver questões em que era interessada a Fazenda Nacional, foi proscrito na República, porque oferecia o inconveniente de converter em juiz o mais poderoso dos litigantes. A Fazenda é hoje autora ou ré ante o Poder Judiciário ùnicamente (MAXIMILIANO, Carlos. *Comentário à Constituição Brasileira*, 1918, p. 623). 3.ª) Um sistema de jurisdição para processar e julgar os litígios decorrentes das relações de trabalho em que figuram, como partes, de um lado os servidores públicos, de outros lado, as pessoas jurídicas federais — União ou autarquias ou emprêsas públicas — não é, nem configura o tradicional instituto do *contencioso administrativo*, tal como o entende o direito universal e como foi pôsto em prática, entre nós, em outros períodos de nossa história, antes do período republicano; 4.ª) Em nenhum país do mundo, o *contencioso administrativo* pode subordinar-se ao Poder Judiciário, porque, se o fôsse, estaria negada a própria razão de ser do instituto, fundamentado na independência da Justiça Administrativa, relativamente ao Judiciário; 5.ª) Admitindo-se a possibilidade da criação dêsse instituto, no esquema preconizado, por que receberiam diversidade de tratamento os *funcionários públicos* e os *servidores públicos federais*? Por que uma justiça especial apenas para êstes últimos? 6.ª) Por que não incluir, na classe dêsse pessoal, os empregados das sociedades de economia mista? 7.ª) Admitindo-se ainda a possibilidade da criação dêsse instituto, como resolver o problema, no âmbito estadual, configurando-se a hipótese já prevista, por exemplo, no Estado de São Paulo? ("O Estado poderá criar, por lei complementar, o contencioso administrativo a que se refere o artigo 111 da Constituição da República, nos limites da competência estadual." Art. 149 da Constituição do Estado de São Paulo). E no âmbito municipal? 8.ª) Admitindo-se ainda a possibilidade da criação do contencioso administrativo, nos moldes previstos, onde se localizariam os órgãos judiciantes a êle pertencentes? Nas capitais dos Estados? Em cada Município? Em determinadas sedes regionais? 9.ª) As grandes despesas que o Govêrno arcaria, implantando o instituto, não seriam compensadas, em virtude do relativamente pequeno número de litígios dêsse tipo; 10.ª) O instituto pre-

visto no artigo 111 da emenda, denominado impròpriamente 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 emprêgo, na órbita federal, sendo partes da relação processual, de um lado, a União, ou autarquia federal, ou emprêsa pública federal, de outro lado o servidor vinculado a uma dessas entidades.

FUNDAÇÕES — NO DIREITO, NA ADMINISTRAÇÃO

Inúmeras questões, de vivo interêsse e atualidade, são expostas e discutidas por Homero Senna e Clóvis Zobaran Monteiro neste livro que é o mais completo tratado sôbre as **fundações** em língua portuguêsa. De grande utilidade para administradores, advogados, alunos de Faculdade de Direito, Economia e Escolas de Administração, a obra estuda também outras categorias de pessoas, tais como **autarquias, sociedades de economia mista** e **emprêsas públicas.** À venda nas principais livrarias ou pelo reembôlso postal. Pedidos para a Fundação Getúlio Vargas, Serviço de Publicações, Praia de Botafogo 188, CP 21.120, Rio de Janeiro, GB.