CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO*

CAIO TÁCITO**

Juridicidade da Administração pública. Princípio da legalidade. Controle jurisdicional da Administração. Processo contraditório adequado. Independência da instância julgadora. Caráter final da decisão da instância julgadora. Tradição brasileira. Propostas de reformas. Poder Judiciário. Conclusão.

1

O tema proposto, de aparente aridez técnica, se insere em verdade no próprio âmago do direito administrativo que tem origem no princípio da juridicidade da Administração pública, ou seja, o da supremacia da lei sobre o poder da autoridade.

Seria inócua essa limitação — da qual depende toda a concepção de direitos subjetivos oponíveis à administração — se não fosse construída ao mesmo tempo uma forma apropriada e eficaz de proteção jurídica aos administrados, a se exprimir na contenção de atos ilegais e abusos de poder por parte dos administradores.

O *princípio da legalidade* se aperfeiçoa, assim, com a *garantia do controle* dos atos administrativos e a *regra da responsabilidade* da Administração e de seus agentes.

Na medida em que a atividade administrativa (dominantemente exercida pelo Poder Executivo) fica sujeita tanto às normas legais (emanadas, em

* Conferência pronunciada em 31.3.77 no Curso Temas Fundamentais de Direito Público, organizado pelo Serviço de Aperfeiçoamento do Centro de Estudos da PGE.

** Professor da Faculdade de Direito da Universidade do Rio de Janeiro.

seu grau de maior hierarquia, pelo Poder Legislativo) como à anulação de seus atos ou ao suprimento da omissão em seus deveres e, ainda, à reparação dos danos que causar a terceiros, por meio de um controle externo e final (essencialmente a cargo do Poder Judiciário) é que se terá completado o ciclo de eficácia do princípio de legalidade, que, por outra forma, seria meramente programático.

Conseqüentemente, é no *controle jurisdicional da Administração* que se concentra, nos sistemas políticos filiados ao princípio da divisão dos poderes, a suprema proteção aos direitos das pessoas físicas ou jurídicas diante do poder administrativo. Nos sistemas socialistas, que não adotam a separação dos poderes do Estado, cuida-se de alcançar o mesmo resultado através de órgãos independentes da Administração que, espontaneamente ou por provocação das partes, exercem o controle de legalidade.

A noção do *contencioso administrativo* corresponde, assim, à idéia de uma ação externa à Administração Pública, e à qual ela necessariamente se submete, tendo como finalidade assegurar a observância da lei e, por via de conseqüência, garantir os direitos e liberdades públicas.

A noção do *"contencioso"* pressupõe, em si mesma, um confronto de interesses opostos a que o sistema jurídico procura oferecer solução apropriada. Para alcançar um resultado justo impõe-se, elementarmente, que tais interesses antagônicos possam ser postulados perante a instância julgadora, a qual, finalmente, deve estar capacitada a emitir um juízo de valor que obrigue às partes desavindas.

Impõe-se, assim, à validade do conceito de *contencioso administrativo* a existência dos seguintes elementos essenciais:

a) a garantia de *processo contraditório adequado,* com liberdade de defesa e produção de prova;
b) a independência (e, portanto, a imparcialidade) da instância julgadora;
c) o caráter final da decisão definitiva da instância julgadora, obrigando igualmente ao administrado e à Administração.

É pela conjugação desses elementos essenciais que o *contencioso administrativo* — como forma de exercício do controle jurisdicional da Administração — se distingue de outros meios de controle, tanto interno como externo, que visam a fins semelhantes de garantia do direito individual e do interesse público.

Poder-se-á resumir em duas qualidades a essência do contencioso administrativo: *sistema contraditório* e *definitividade de julgamento* por órgão externo de controle. Uma dessas qualidades isoladas não basta para caracteri-

zar-lhe a existência. Assim, no processo administrativo poderá haver sistema contraditório sem que, todavia, se alcance a certeza jurídica, diante da submissão do ato administrativo final ao controle *a posteriori* pelo Judiciário.

Fixado, desse modo, o conceito de *contencioso administrativo,* cumpre distinguir o sentido em que a expressão pode ser empregada.

Em sentido material, ou de conteúdo, representa a prestação estatal de uma garantia externa contra ilegalidade ou abuso de poder da Administração pública.

Em sentido orgânico, ou instrumental, corresponde ao sistema ou estrutura especificamente adotada para a prestação dessa garantia.

A distinção não é destituída de importância, para que não se entenda o *contencioso administrativo* unicamente vinculado à idéia formal de órgãos jurisdicionais autônomos, distintos da organização judiciária comum.

Se este é o seu entendimento mais comum, ou mesmo sua forma mais aperfeiçoada, importa ter presente que o *contencioso administrativo,* em sentido lato, não deixa de existir no sistema de unidade de jurisdição, em que é exercido pelos tribunais judiciários.

A *jurisdição* — que contém os elementos de processo contraditório e de definitividade — absorve a noção do *contencioso,* em seus vários graus ou modalidades.

Quando, portanto, o sistema legal insere na competência dos tribunais judiciários o julgamento final dos litígios administrativos, não desaparece, em sentido material, o *contencioso administrativo* (ou, em termos mais precisos, o *contencioso dos atos administrativos*). Não haverá, porém, *em sentido orgânico,* um sistema de contencioso administrativo, ou seja, órgãos jurisdicionais distintos, para o exercício do controle externo e final da Administração pública.

II

É no sentido orgânico, acima exposto, que passaremos agora a nos referir ao *contencioso administrativo.*

Em verdade é sobre esse ângulo que a expressão adquiriu trânsito mais freqüente e importância prática, associando-se à existência de uma justiça administrativa, distinta da justiça comum ou, pelo menos, de órgãos autô-

nomos, com jurisdição própria, não integrados na organização judiciária ordinária.

Para caracterizar as modalidades de autonomia jurisdicional, costuma-se distinguir os sistemas chamados de *dualidade de jurisdição* (nos quais a justiça administrativa é separada da justiça comum) daqueles em que, sem prejuízo das especializações internas, mantém-se o princípio da *unidade de jurisdição.*

Como padrões de um e outro desses sistemas são usualmente citados, no primeiro caso, o sistema francês de justiça administrativa e, no segundo grupo, o sistema inglês e norte-americano, de monopólio da função jurisprudencial pelas cortes judiciárias.

Na realidade, até mesmo nesses países, indicados como paradigmas, a pureza de um ou outro sistema não resiste, em termos absolutos, a um exame de profundidade.

Na França, com a expansão das atividades econômicas do Estado e a recepção na estrutura e funcionamento da Administração indireta de modelos hauridos no direito privado, uma parte ponderável de atos da Administração passou a ser controlada pelos tribunais judiciários.

A seu turno, a intervenção do Estado no domínio econômico e social, gerou, na Inglaterra, a proliferação de tribunais administrativos e, nos Estados Unidos, a de comissões administrativas com poderes quase judiciais, importando em temperamento apreciável do monopólio do Poder Judiciário, sobretudo nas decisões de natureza técnica.

De qualquer modo, a predominância ou a polarização — em cada um dos sistema — da função jurisdicional, justifica que se continue, para fins de entendimento ou classificação, a discriminar entre sistemas de *dualidade* ou de *unidade* de jurisdição.

Assim, na França a interdição secular de que os tribunais judiciários pudessem examinar os atos da Administração ativa — implantada nos fins do século XVIII entre os princípios da legislação revolucionária como defesa das nascentes instituições políticas — fez progressivamente surgir, cobrindo o vazio, a competência de tribunais administrativos, que alcançaram sua máxima expressão, a partir de 1872, no Conselho de Estado, como jurisdição única de contencioso administrativo. Com a reforma de 1953, foram criados tribunais administrativos de primeira instância, mediante a transformação dos Conselhos da Prefeitura, mas o Conselho de Estado conservou, como órgão de segunda instância (e como instância única em casos específicos) a decisi-

va influência que desempenha como modelo singular de garantia jurisdicional dos administrados.

A autonomia do contencioso administrativo representou, na França, uma conquista fundamental, permitindo, pela construção jurisprudencial, a evolução dos institutos de Direito Administrativo e assegurando aos administrados proteção oportuna e adequada.

Na Itália, a influência francesa durante a ocupação napoleônica levou as sementes da dualidade de jurisdição que se comporiam, porém, em sistema próprio, firmado na distinção entre a proteção de direitos subjetivos e a de interesses legítimos: em princípio as lesões de direitos subjetivos submetem-se à justiça ordinária e os interesses legítimos são tutelados pela justiça administrativa. Somente em casos especiais definidos em lei, a jurisdição exclusiva do Conselho de Estado ou de Junta Provincial Administrativa absorverá as duas categorias.

A experiência alemã, iniciada no século XIX, consolidada na Constituição de Weimar, encontra sua forma atual (após o hiato do regime nacional-socialista) na estrutura da jurisdição administrativa autônoma, embora incluída no Poder Judiciário. A hierarquia de tribunais administrativos compreende três graus: tribunais administrativos de primeira instância, em número de trinta; tribunais administrativos superiores, de competência recursal e, na cúpula, o Tribunal Administrativo Federal.

O sistema judiciário alemão se coloca, assim, a meio termo, entre a absoluta separação das jurisdições, que caracteriza o modelo francês e o sistema de unidade de jurisdição, peculiar à tradição inglesa e norte-americana, caracterizada pela supremacia dos tribunais judiciários. Nos termos do artigo 92 da lei fundamental da República Federal da Alemanha, a jurisdição administrativa é dotada de autonomia, mas integra o Poder Judiciário, a par da jurisdição ordinária de direito privado e penal e dos tribunais especiais de direito do trabalho, direito fiscal e direito social.

Nos países socialistas, o princípio de legalidade assume sentido peculiar, ainda que, formalmente, subsista a regra da supremacia da lei emanada da assembléia legislativa nacional. Inexistindo o princípio da separação de poderes, a tônica da legalidade socialista se concentra em uma concepção ativa e dinâmica da eficácia das leis, como instrumento de realização do socialismo, voltado para a efetiva prestação pelo Estado dos direitos econômicos e sociais reconhecidos na Constituição.

Minimizada, assim, a função jurisdicional, o contencioso administrativo de modelo ocidental (caracterizado pelo arbitramento do conflito entre o indi-

víduo e a Administração através de um órgão independente com poderes de execução coativa) cede passo a técnicas de controle político, exercido pelo Partido ou pelos sindicatos, ou mais especificamente ao controle popular, mediante o direito de queixa pública, inclusive através da imprensa, e ao controle externo da Procuratura, que exerce a supervisão geral da legalidade socialista, velando pelo respeito à lei por parte da administração, das empresas e dos cidadãos.

O controle jurisdicional direto, no sentido da apreciação de legalidade de atos administrativos ou das condenações a reparar danos, é de pequena monta e limitado a casos especiais enumerados na lei, cabendo o seu exercício a tribunais judiciários antes que a jurisdições administrativas.

III

A tradição brasileira fixou-se no sentido do sistema de unidade de jurisdição, a que aderimos nas Constituições da República, à semelhança do modelo norte-americano.

Mesmo no Império, com é sabido, o Conselho de Estado não alcançou o estágio de justiça administrativa, mantendo-se antes como órgão consultivo e opinativo, sem atribuições jurisdicionais. Em paralelo com o paradigma francês, ficamos na etapa da chamada *Justice retenue*, não atingindo nosso Conselho de Estado a fase de plena jurisdição que, a partir de 1872, formalizou a posição do colegiado francês como típico órgão jurisdicional (a chamada *justice déléguée*).

Não devemos desmerecer a contribuição que o sistema brasileiro de proteção judicial tem oferecido à garantia das liberdades públicas e dos direitos individuais diante de ameaças ou lesões oriundas da Administração.

Expressão máxima, nesse sentido, é a criação do mandado de segurança como fora antes a construção jurisprudencial do *habeas corpus* como meio de defesa de outros direitos pessoais além da liberdade de locomoção.

A complexidade técnica da atividade administrativa do Estado, fruto da moderna ampliação de sua área de atuação, torna, porém, insuficiente, tanto em termos qualitativos como quantitativos, o controle judicial de legalidade administrativa, especialmente no campo tão fecundo da chamada legalidade intrínseca pela qual o juiz deve penetrar no exame dos motivos do ato admi-

nistrativo, alcançando os limites do controle de mérito, embora sem nele penetrar.

O fenômeno não é somente nosso. A insatisfação com o sistema tradicional de monopólio do controle judicial tem suscitado — como já assinalado — a criação de tribunais administrativos ou de órgãos autônomos parajudiciais de controle da Administração na Inglaterra e nos Estados Unidos.

Entre nós, o aperfeiçoamento do controle de legalidade administrativa está a exigir, em verdade, um duplo aperfeiçoamento. Não é mister somente a reformulação do controle externo, mediante um contencioso administrativo mais eficaz. Torna-se, paralelamente, aguda a necessidade de implantar normas sistemáticas de processo administrativo, que permitam, nas próprias instâncias internas da Administração, a adoção de rito contraditório, com a participação do administrado na formação das decisões administrativas e na defesa de seus direitos e interesses legítimos.

O exercício do poder discricionário (que é indispensável ao funcionamento regular da Administração) não é incompatível com a regra de audiência das partes interessadas, através de processo administrativo público, de que é exemplo, o sistema do *hearing*, amplamente usado na Grã-Bretanha e nos Estados Unidos.

IV

A criação de órgãos especiais de contencioso administrativo aparece, inicialmente, na Constituição de 1934, que previa em seu artigo 79, um tribunal especial, com competência privativa e final (salvo em matéria constitucional) para o julgamento dos recursos nas matérias que, no todo ou em parte, fossem regidas pelo Direito Administrativo e, ainda, nos litígios entre a União e seus credores, derivados de contratos públicos.

A curta vigência da Carta de 1934 não permitiu a execução do preceito e a idéia, sob outros moldes, serviria de inspiração ao Tribunal Federal de Recursos, instituído pela Carta Constitucional de 1946.

De forma mais específica, a criação de um contencioso administrativo tributário foi advogada no anteprojeto de reforma do processo fiscal elaborado por GILBERTO DE ULHOA CANTO, em 1964, que foi amplamente revisto em 1965-1966 por uma comissão de professores e especialistas, do qual tivemos a honra de participar.

A proposta se desdobrou em dois textos: o de Emenda Constitucional, incluindo na composição do Poder Judiciário três Tribunais Federais Tributários com competência para processar e julgar originariamente mandados de segurança, *habeas corpus* e conflitos de jurisdição em matéria fiscal, em nível de equivalência com a do Tribunal Federal de Recursos e, ainda, nos casos previstos em lei, as ações de revisão de atos administrativos nas mesmas matérias.

Como matéria fiscal de competência dos Tribunais Federais Tributários enumerava-se a referente à determinação, exigência ou restituição de créditos federais decorrentes de impostos, taxas, contribuições de melhoria, contribuições parafiscais, empréstimos compulsórios e respectivas penalidades, bem como de penalidades por infrações a leis reguladoras de operações bancárias ou cambiais.

Correlatamente, propunha-se, mediante anteprojeto de lei orgânica do processo tributário a instituição de um procedimento administrativo contraditório, desdobrado em duas instâncias: em primeira instância funcionariam Auditores Fiscais, com estabilidade e independência hierárquica em relação à administração fazendária, iniciando-se o contraditório com a impugnação do contribuinte ao ato fiscal. Das decisões dos Auditores Fiscais caberia recurso para os Conselhos de Recursos Fiscais, em número de sete, com competência específica *ratione materiae*. Os Conselheiros nomeados com mandato de quatro anos, e sujeitos à aprovação do Senado Federal, seriam escolhidos metade entre pessoas estranhas aos quadros do Ministério da Fazenda, de reconhecida competência profissional, constantes de listas tríplices apresentadas por associações de classe de grau nacional. A outra metade seria escolhida entre funcionários fazendários de nível superior de reconhecida competência especializada.

O anteprojeto de lei orgânica do processo tributário regulava a ação de revisão das decisões dos Conselhos de Recursos Fiscais, a ser proposta, dentro de 30 dias da ciência de decisão, pelo contribuinte ou pelo representante da Fazenda Nacional, perante o Tribunal Federal Tributário, como instância judicial única.

Contendo 115 artigos o anteprojeto de lei orgânica representa uma tentativa de excelente feitura técnica para não somente institucionalizar o contencioso administrativo tributário como ainda para firmar, na própria instância administrativa, um rito processual contraditório com ampla garantia de defesa do contribuinte e de julgamento isento e qualificado.

V

Deixamos para o fim a matéria da Emenda Constitucional sobre a reforma do Poder Judiciário submetida ao Congresso Nacional com a Mensagem nº 81, de 1976, na qual foi proposta a criação do contencioso para questões de pessoal, previdenciárias e tributárias.

Esclarece a mensagem que não se cuida da "aceitação do sistema de contencioso sob a forma de verdadeira justiça administrativa", pelo que o sistema proposto "deverá obedecer tão somente ao princípio do exaurimento da instância administrativa".

Mantendo a redação do atual art. 111 da Constituição, o projeto admite a criação, por lei, de contencioso administrativo para julgamento das causas atribuídas aos juízes federais no artigo anterior (a saber, nos litígios trabalhistas em que são partes a União, suas autarquias e empresas públicas) e faz remissão ao art. 153, § 4º.

A esse último preceito — cujo texto, como é sabido, submete a controle judicial qualquer lesão de direito individual — é acrescida a exigência de prévio esgotamento da via administrativa desde que não exigida garantia de instância, abrindo-se, porém, a via judicial se o pedido não for decidido dentro do prazo de 180 dias.

Com a mesma ressalva de prévio esgotamento das vias administrativas, o projeto permite, ainda, no art. 203, a criação de órgãos colegiados federais e estaduais, sem poder jurisdicional, para a decisão de questões fiscais e previdenciárias.

A lei poderá permitir que a parte vencida na *instância administrativa* recorra diretamente ao tribunal competente (art. 204).

Finalmente, são excluídas da esfera judicial, salvo quanto aos direitos dos acionistas particulares, as questões entre a União, Estados, Distrito Federal, Municípios e suas respectivas autarquias, empresas pública e sociedades de economia mista, ou entre umas e outras.

O projeto de Emenda Constitucional (como, aliás, expressamente declarado em sua justificação) não chega a instituir órgãos autônomos de contencioso administrativo, embora conserve a atual permissão do art. 111, de um tribunal especial para causas relativas ao pessoal trabalhista da União, suas autarquias e empresas públicas.

A linha inovadora consiste, verdadeiramente, na previsão, em termos de generalidade, do princípio do prévio esgotamento da via administrativa que a lei poderá estabelecer como condição do direito de ação, cujo antecedente

direto, no direito brasileiro, encontra-se em preceito equivalente ao Estatuto dos Funcionários Públicos Civis da União de 1939 (art. 223).

A limitação não se compatibiliza com a natureza dos remédios especiais e céleres que, em nosso sistema constitucional, visam a amparar direitos e liberdades ameaçados ou lesados por ilegalidade ou abuso do poder. O condicionamento do mandado de segurança, ou do *habeas corpus,* à regra da exaustão prévia da via administrativa — mesmo com a imposição de prazo para a decisão do pedido — praticamente anularia a eficácia da garantia, especialmente quanto ao efeito premunitório das medidas liminares.

O conteúdo do art. 203 do projeto, não obstante a sobriedade de seu texto, parece-nos orientar o legislador no sentido da criação de órgãos destinados a rever, em rito contraditório, as questões fiscais e previdenciárias. A menção de que não terão atribuições jurisdicionais impede a definitividade que é própria da sentença. Não obsta, porém, possa ser dada preclusão ao julgamento técnico, ou da matéria de fato, nem que venham tais órgãos a gozar de autonomia em relação à administração ativa.

VI

O exame que vimos fazendo do tema leva-nos, finalmente, a definir nosso ponto de vista em assunto tão polêmico e atual.

Como assinalado antes, a noção de contencioso administrativo pressupõe certo grau de conteúdo jurisdicional, ou seja de um julgamento definitivo e final, ainda que limitado, assim como de processo contraditório, com imparcialidade na instância julgadora.

A definitividade do controle de legalidade poderá ser repartida com um órgão judiciário, que venha a exercer competência determinada como, por exemplo, em matéria constitucional.

Não é de se admitir, porém, como contencioso administrativo típico um simples colegiado administrativo, mesmo quando garantido, no ângulo do processo, o direito de defesa e a produção contraditória da prova.

O que não é possível, por elementar questão de princípio, é negar-se a um órgão toda e qualquer parcela de jurisdição e pretender-se seja entendido como de contencioso administrativo.

Certamente o legislador terá compreensível perplexidade entre o respeito à tradição judiciarista de tão amadurecida e fecunda experiência em nosso meio e a demanda pela mudança na medida em que se acentua a complexidade técnica e a especialização da atividade administrativa.

O domínio das questões técnicas que servem de fundamento aos atos legislativos ou regulamentares aconselha a criação de jurisdições mais preparadas na especialidade. Conhecer o direito na pletora de normas e *standards* normativos e, mais ainda, dizer o direito (*juris dictio*) se torna, dia a dia, uma aventura difícil para os não iniciados.

De outra parte, é mister prevenir contra o abandono dos princípios gerais de direito e o gosto das exegeses estanques, colocando o administrado ao abrigo de preconceitos técnicos ou valores circunstanciais. Nesse sentido o juiz judiciário é, por formação, mais aberto à construção sistemática dos textos e à vinculação com os conceitos fundamentais da ciência jurídica.

Dentro dessa linha de pensamento e em harmonia com a evolução brasileira, parece-nos madura a oportunidade para a experiência de implantação do contencioso administrativo limitado, que não exclua o exame final de legalidade pelos tribunais judiciários superiores.

A definitividade das decisões do órgão de contencioso administrativo, desvinculado e independente da Administração ativa, deverá restringir-se à matéria técnica, facultando-se, mediante ação de revisão, o acesso ao Judiciário, em caso de violação da lei ou da Constituição.

Por via de conseqüência, seria necessário acrescentar à competência originária dos tribunais superiores (que poderão, aliás, ter caráter especializado, como na proposta dos Tribunais Federais Tributários ou de Câmaras especializadas de tribunais comuns) a de processar e julgar as ações anulatórias de decisões dos órgãos de contencioso administrativo.

O tema está longe de ser esgotado. Temo, contudo, não possa dizer o mesmo da tolerância do auditório.

Concluo, assim, a exposição convocando a todos para o debate construtivo que o interesse nacional impõe e reclama diante da relevância da matéria.