

CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO X JURISDIÇÃO UNA

Daniel Augusto Teixeira De Miranda

Graduando em Direito pela UnB

Introdução

Dentro dos modelos de jurisdição utilizados pelos países de tradição romano-germânica diferenciam-se o contencioso administrativo do sistema da jurisdição una.

O presente trabalho objetiva realizar um breve histórico acerca do contencioso administrativo francês e do praticado em Portugal para delinear os moldes desse sistema diante de duas utilizações diferenciadas.

Realizada essa breve incursão pelos sistemas europeus, será conceituado o sistema da jurisdição una, sem tentar trazer maiores digressões históricas sobre sua formação. Definido o conceito de jurisdição una e analisado o processo administrativo brasileiro, serão analisadas as similitudes e discrepâncias existentes entre os sistemas e os maiores desafios porque passam nos dias de hoje. O objetivo do presente trabalho é demonstrar que os princípios jurídicos decorrentes do Estado Democrático de Direito, no que tange à tradução dos anseios sociais em seu significado de alcance efetivo dos direitos dos jurisdicionados e à busca pela tutela jurisdicional, são extremamente semelhantes, apesar das diferenças de abordagem existentes.

I – Origens do Contencioso Administrativo – O modelo francês

Consoante asseverado na introdução deste trabalho, tem-se por objetivo estabelecer uma, ainda que breve, análise das similitudes e dicotomias existentes entre os modelos de Jurisdição²⁸ Una e Contencioso Administrativo.

²⁸ Jurisdição é definida por Chiovenda como “a função do Estado que tem por

Para tanto, impende, inicialmente, realizar uma análise das origens e do desenvolvimento do chamado contencioso administrativo, sistema que, notadamente, possui como seu maior expoente de desenvolvimento a França.

Contencioso administrativo pode ser definido, modernamente, como:

“Una vía judicial plenaria y efectiva para que la Administración, como gestor fiduciario que es del pueblo, haga efectiva su responsabilidad o dación de cuenta ante los ciudadanos, eliminando todos los viejos obstáculos radicados en la tradición de exención de la justicia del viejo poder público, lejano y absoluto, y demoliendo todas las sucesivas y tenaces técnicas de impedir, limitar o condicionar la plenitud del conocimiento judicial que durante dos siglos han ido sucesivamente apareciendo.”²⁹³⁰

Entretanto, esse conceito calcado nos ensinamentos de Chapus³¹, representa uma definição alcançada após mais de dois séculos de desenvolvimento do contencioso administrativo e de maturação do conceito.

escopo a atuação da vontade concreta da lei por meio da substituição, pela atividade de órgãos públicos, da atividade de particulares ou de outros órgãos públicos, já no afirmar a existência da vontade da lei, já no torná-la, praticamente efetiva”. CHIOVENDA, 1969, p.3

²⁹ Adota-se aqui um conceito de contencioso administrativo que tem pretensões mais amplas do que aqueles encartados nos manuais franceses.

³⁰ “Uma via judicial plena e efetiva para que a Administração, como gestora fiduciária do povo, torne efetiva sua responsabilidade de prestação de contas perante os cidadãos, eliminando todos os velhos obstáculos radicados na tradição de isenção da justiça do velho poder público, afastado e absolutista, e demolindo todas as sucessivas e tenazes técnicas utilizadas pra impedir, limitar ou condicionar a plenitude do conhecimento judicial que durante dois séculos têm sucessivamente crescido.” ENTERRÍA, 2002, p. 688

³¹ CF: CHAPUS, René. *Droit du contentieux administratif*. 5 ed. Paris: Montchrestien, 1995

Tal sistema tem origens que remontam ao absolutismo francês, o *Anciën Regime*, ou Antigo Regime³², quando o Rei, como instância última de revisão das decisões, instituiu uma divisão entre a jurisdição administrativa e a jurisdição referente aos litígios³³ privados.

Entretanto, apenas com a Revolução Francesa³⁴ e com a Declaração dos Direitos Homem e do Cidadão³⁵, ambas ocorridas em 1789, o contencioso administrativo passou a ter os moldes que até hoje podem ser percebidos.

A Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão foi influenciada, dentre outros, pelo pensamento e ideologia de Rosseau, principalmente o de que “um povo livre obedece, mas não serve; tem chefes, mas não donos; obedece às Leis, mas nada mais que as Leis e é por força das Leis que não obedece aos homens” (Rousseau, 2002, p. 15). É o que se pode chamar de primado do princípio da legalidade. A partir disso, define a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, em seu artigo 5º, que “tudo que não está proibido pela Lei não pode ser impedido e ninguém pode ser obrigado a fazer o que a lei não ordena”.

A idéia de império da legalidade de Rousseau levou a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 a, em seu

³² Cf: BÉNOIT, 1968, pp.273-274. Não obstante, a discussão acerca do momento exato de surgimento da idéia de contencioso administrativo não encontra maior importância nos dias de hoje. Certo é que as suas bases modernas surgiram com o advento da Revolução Francesa. Atribui-se a Henrique III a criação do Conselho de Estado em 1578.

³³ Para um conceito de litígio e lide, cf. CARNELUTTI, 1952, P.5

³⁴ Para uma análise histórica do fenômeno da revolução francesa, cf. HOBBSAWM, Eric J. **A Era das Revoluções** (1789-1848). Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2002, 16ª ed.

³⁵ Norberto Bobbio define a revolução francesa como “um ato que representou um daqueles momentos decisivos, pelo menos simbolicamente, que assinalam o de uma época e o início de outra, e, portanto, indicam uma virada na história do gênero humano” (BOBBIO, 2004, P. 99). Mais adiante complementa: “Com a Revolução Francesa, entrou prepotentemente na imaginação dos homens a idéia de um evento político extraordinário que, rompendo a continuidade do curso histórico, assinala o fim último de uma época e o princípio primeiro de outra”.

artigo 15, instituir que a sociedade tem o direito de pedir contas a todo agente público de sua administração.

O contencioso administrativo, vale dizer, a importação do sistema de repartição da jurisdição já adotado pelos Parlamentos³⁶ durante o Antigo Regime, tem por fundamento básico a particular interpretação que foi concedida pelos franceses ao pensamento de Montesquieu³⁷. Enquanto a maior parte das nações que adotaram a idéia da tripartição dos poderes aplicaram o entendimento de influência e controle mútuos entre poderes, a França optou por aderir à idéia de uma tripartição total dos poderes. Admitiu-se a tripartição como uma criação de três funções³⁸. Não haveria monopólio da função jurisdicional pelo Poder Judiciário. Caberia a cada um dos poderes por em prática todas as três funções. Além dessa interpretação, consoante asseverado, os Parlamentos (órgãos julgadores ainda atuantes após a Revolução) eram instituições com origem no Antigo Regime, que representavam forte ameaça de oposição aos revolucionários, fato que, sem sombra de dúvidas, foi mais um dos elementos que levaram à repartição da atividade jurisdicional. Com isso, os revolucionários objetivaram evitar qualquer espécie de ingerência. O controle dos atos da administração seria, portanto, realizado a partir da criação de uma jurisdição própria e específica para discutir e analisar a legalidade dos atos administrativos. E foi, com base em todas essas influências históricas e ideológicas que, na Assembléia Constituinte de 1790 (conceito posteriormente incluído na Constituição de 1791, Título III, Capítulo V, art.3) se formulou o conceito de Direito Administrativo na França:

“As funções judiciais são e permanecerão separadas das funções administrativas. Os juizes não poderão, sob pena de prevaricação, interferir, de qualquer maneira que seja nas operações dos órgãos administrativos nem chamar a sua

³⁶ Parlamentos eram os órgãos julgadores submetidos ao Conselho do Rei, desde o século XVI.

³⁷ MONTESQUIEU, 2002, 727pp.

³⁸ Esse pensamento é melhor desenvolvido em BÉNOIT, 1968, p. 289-299.

presença os administradores, em razão de suas funções.”

A partir daí, surgiu aquilo que foi denominado de ministro-juiz, pois os atos executivos eram revisados ou julgados pelos próprios agentes públicos que praticaram os atos ou por seus superiores. A decisão final sobre a legalidade ou sobre o cumprimento ou não da determinação judicial incumbia ao próprio agente público ou a seus superiores. Importante ressaltar que essa ideologia de não-intervenção, de qualquer modo, por parte da jurisdição administrativa, ainda perdura. Napoleão I, em 1806 (decretos de 11 junho e 22 de julho), criou o *Conseil d'État*, ou Conselho de Estado, como órgão responsável para o julgamento dos litígios envolvendo a Administração³⁹. Até então o Conselho de Estado era em tudo semelhante ao Conselho do Rei, sendo responsável pela elaboração de projetos de lei para o Poder Executivo e atuando na área consultiva, desde sua criação. Inicia-se aqui a fase de divisão entre atividades judiciais e administrativas (MAIRAL, 1984, p.59)⁴⁰.

Todavia essa função jurisdicional administrativa não poderia ser exercida por juízes com a mesma formação de um juiz afeto à jurisdição comum, tanto que, até os dias de hoje, em sua maioria, os Juízes do contencioso administrativo advêm da Escola Nacional da Administração – ENA.

É importante notar que o fenômeno da instituição do contencioso administrativo foi a pedra fundamental para o desenvolvimento e estudo do Direito Administrativo. Foi o Conselho de Estado, com sua jurisprudência precisa e coerente, que logrou dar

³⁹ O Conselho como órgão do Poder Executivo foi criado em por meio da previsão do artigo 52 da Constituição *du 22 frimare na VIII* (13 de dezembro de 1799).

⁴⁰ Importante salientar que, até 1872, o Conselho de Estado apesar de julgar os atos do governo, limitava-se a propor maneiras, soluções, para a regularização dos atos impugnados. Era a chamada justiça retida que, ainda que entregue às mãos de juízes, encontrava no administrador o julgador último de sua validade. Note-se aqui que todos os autores ressaltam que poucas vezes as decisões deixaram de ser acatadas. Por todos:, ENTERRÍA, 1991, p.7

início ao desenvolvimento do Direito Administrativo⁴¹. Não se pode dizer que o Direito Administrativo não existiria se não houvesse o Conselho de Estado, todavia, é certo, que o Direito Administrativo só possui a atual conformação por conta das decisões do Conselho de Estado que, por sua vez, dependeu da produção doutrinária e jurisprudencial para se consolidar como via jurisdicional íntegra e respeitável. A partir da criação do Conselho de Estado e com as bases postas pela Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, o Conselho passou a desenvolver toda a sua jurisprudência em busca de delimitar as bases do princípio da legalidade como limite para a atuação do agente público⁴³. A definição do âmbito de competência do Conselho do Estado foi construída a partir de decisões do próprio Conselho. Inicialmente o critério utilizado foi o de que a participação do Estado ou a simples possibilidade de sua condenação já implicaria na impossibilidade de julgamento pelo Poder Judiciário.

Com a revogação do artigo 3, Capítulo V, Título III, da Constituição de 1791, por meio do decreto de 19 de setembro de 1870, abriu-se caminho para a responsabilização direta do agente público, abrindo-se espaço para o desenvolvimento da teoria da falta pessoal e da falta do serviço⁴⁴. Passou-se, então, a ser mitigada a idéia de que nem a Administração ou os agentes públicos poderiam ser responsabilizados pelo Poder Judiciário⁴⁵.

Ainda na discussão relativa à competência jurisdicional administrativa, tentou-se diferenciar os atos de governo dos atos de

⁴¹ ENTERRÍA, 2002, p. 674.

⁴² “ a criatividade constitui um fator inevitável da função jurisdicional”
.CAPPELLETTI, 1999, p. 73

⁴³ A partir das decisões do Conselho de Estado, surgiram escolas doutrinárias como a Escola do Serviço Público capitaneada por Duguít, entre outras, que buscavam definir qual o melhor critério para a delimitação da competência do Conselho de Estado. (BERNARDES FILHO, 1991, 54).

⁴⁴ Tem-se como paradigma da responsabilização da Administração pela falta ou má-prestação do serviço com a decisão proferida pelo Conselho de Estado no julgamento do famoso caso BLANCO. Apesar de não aplicar os preceitos legais do código civil francês, o Conselho de Estado julgou o Estado responsável pelo acidente. (FRANÇA, 1893).

⁴⁵ Caso Pelletier, Tribunal de Conflitos, 30 de julho de 1973.

gestão, sendo que esses seriam da competência do Poder Judiciário. Pela total incerteza e fluidez dos conceitos, surgiu então a idéia de que incumbiria ao Conselho de Estado processar e julgar as causas relativas à noção de serviço público, entendido como aqueles que cumpririam as missões do Estado. Com o aumento da consciência social e das missões atribuídas ao Estado e, principalmente, com o advento do Estado Social⁴⁶, esse conceito também perdeu força. Atualmente, a idéia aplicada à competência é tirada da própria idéia de regime jurídico, vale dizer, qual regime deverá ser aplicado à determinada situação. É por isso que entes privados em exercício de função delegada do Estado respondem perante a justiça administrativa. É dizer; Se a discussão envolver a aplicação de regime jurídico de direito público (*rectius direito administrativo*) a competência para processar e julgar o litúgio será de um dos órgãos integrantes da justiça administrativa.

O acesso ao contencioso administrativo ocorria e continua a ocorrer, basicamente, sob duas formas: o contencioso ou recurso de jurisdição plena (*recours de pleine juridiction*) e o contencioso de anulação ou recurso por excesso de poder (*recours pour excès de pouvoir*)⁴⁷. Ambos os recursos têm como requisito prévio o que no ordenamento jurídico nacional poderia ser comparado com o requisito do exaurimento da instância inferior antes da possibilidade de interposição de recurso. Trata-se do chamado *recours administratif*, verdadeiro pedido de reconsideração formulado perante o agente público e sem maiores requisitos formais. A comparação com o instituto nacional do pedido de reconsideração se faz válida quando se tem em mente que a lei de 17 de junho de 1900 dispõe que ultrapassados 4 meses do requerimento perante o administrador de revisão do ato administrativo, em caso de silêncio da Administração, inicia-se o prazo para a interposição do recurso perante a autoridade judiciária administrativa.

⁴⁶ Cf. BOBBIO, 2006, p. 221-232.

⁴⁷ Em verdade as duas formas recursais ora tratadas são apenas as mais utilizadas e, por isso, mereçam atenção nesse estudo. Para um estudo mais aprofundado recomenda-se a leitura de CHAPUS, 1995.

O recurso de anulação ou por excesso de poder, como o próprio nome indica, busca a anulação do ato administrativo porquanto eivado de ilegalidade, realizado além dos limites da legalidade indicadores máximos da atividade do agente público. O recurso por excesso de poder é um recurso que não se atém, em um primeiro momento, à situação subjetiva daquele que vem a juízo. Diz tratar-se de um contencioso objetivo, de um processo sobre um fato. Por seu caráter objetivo e de anulação do ato, tem efeito geral e irrestrito, atingindo a todos os envolvidos e interessados na realização do ato anulado.

Por seu turno, o recurso de plena jurisdição tem objetivos menos gerais e alcança debates mais subjetivos, vale dizer, diz respeito diretamente à situação jurídica do interessado. Possibilita não apenas a anulação do ato, mas também a aferição de responsabilidades. É realizado com sustentáculo no contexto fático e não de forma hermética como o recurso por excesso de poder pretende ser. O recurso de jurisdição plena é usado mais comumente para questões envolvendo contratos e responsabilidade do Estado.

O crescimento das atividades estatais, do acesso à Justiça e, principalmente, a partir do teor das decisões do Conselho de Estado que, cada vez mais, ampliaram o seu âmbito de atuação e de injunção nas decisões e atividades do Estado motivou a realização de duas grandes reformas no sistema do contencioso administrativo francês. A primeira, ocorrida em 1953, criou os chamados Tribunais Administrativos, órgãos jurisdicionais de primeira instância, criados para desafogar o Conselho de Estado. A segunda, ocorrida em 1987⁴⁸, criou as Cortes Administrativas de Apelação que retiraram grande parte da competência do Conselho de Estado para processar e julgar recursos de apelação.

Até os dias de hoje, essa é a formação do sistema de contencioso administrativo francês sobre a qual serão tecidos breves comentários, analisando-se, inclusive, a atual situação de cabimento de recursos perante esses órgãos.

⁴⁸ Sobre as críticas e elogios feitos à reforma de 1987, cf: ENTERRÍA, 1991, 22p.

A atual organização do contencioso administrativo francês e a amplitude atual dos recursos de plena jurisdição e por excesso de poder

Conforme asseverado anteriormente, o Contencioso Administrativo na França é composto, basicamente, por três instâncias diferenciadas.

Os Tribunais Administrativos, criados em 1953, são os órgãos competentes para julgar todos os litígios em que a administração figura como parte, salvo raras exceções. Sua competência é definida pelo critério territorial. São, ao todo 35 Tribunais Administrativos sendo que os seus integrantes são denominados de conselheiros.

As Cortes Administrativas de Apelação, 5 (cinco) ao todo, foram criadas em 1987 com o objetivo de concentrar a maior parte dos recursos e decisões oriundas dos Tribunais Administrativos.

Por fim, ao Conselho de Estado restou a função de órgão máximo da Jurisdição Administrativa, mantendo a função consultiva que possui desde sua criação. O Conseil d'État é regido pelo decreto de 31 de julho de 1945. Formalmente é presidido pelo Chefe de Governo francês, no caso, o primeiro-ministro⁴⁹. Com cerca de 300 (trezentos) membros, divididos de em três categorias de acordo com a experiência ou indicações⁵⁰, o Conselho de Estado é dividido em

⁴⁹ De fato a presidência fica a cargo do vice-presidente que é indicado pelo governo. O vice-presidente do Conselho é conhecido como le premier fonctionnaire de France.

⁵⁰ A entrada no Conselho de Estado se dá na função de auditeurs, geralmente oriundos da Escola Nacional de Administração. Aqueles que contarem com mais de 30 (trinta) anos de idade, 10 (dez) anos de serviço público e 3 (três) anos de Conselho, poderão ser promovidos para a função de maîtres de requêtes, sendo que ¼ das vagas são reservadas para membros dos Tribunais Administrativos e das Cortes de Apelação Administrativa, indicados pelo vice presidente do Conselho. O último posto da carreira dentro do Conselho de Estado é de Conseillers d'État, cujo quadro é montado a partir de 2/3 de maîtres de requêtes e 1/3 de conselheiros ditos extraordinários nomeados para um mandato de 4 anos pelo governo, os quais não participam da atividade contenciosa. Do total, 1/6 das vagas é garantido a membros dos Tribunais Administrativos e das Cortes Administrativas de Apelação. FRANÇA, 2007.

seções administrativas (Obras públicas, finanças, social e interior) e em seções especializadas. A essas seções incumbe a função consultiva do Conselho. A função contenciosa é subdividida por 10 (dez) seções, por seu turno.

Após as reformas de 1953 e 1987 a função contenciosa originária do Conselho foi reduzida a questões específicas envolvendo situações consideradas de extrema importância ou envolvendo autoridades de auto-escalão. Atua o Conselho como verdadeira corte de cassação das decisões proferidas pelos Tribunais Administrativos e pelas Cortes Administrativas de Apelação. A sua função consultiva prévia aos órgãos do poder executivo, tal qual ocorre com os outros órgãos do contencioso administrativo, também foi mantida. Tem, hoje em dia, a função de órgão-maior do contencioso administrativo francês, responsável pela inspeção dos órgãos inferiores e também pelas decisões de maior importância na área administrativa.

É inegável o alcance e a importância das decisões proferidas pelo Conselho de Estado para todo o Direito Administrativo. A comprovação dessa assertiva se faz pela simples exposição de algumas decisões proferidas no âmbito da jurisdição administrativa e de sua importância para todo o desenvolvimento do Direito Administrativo nos países do sistema do *Civil Law*. Além do caso Blanco e Pelletier, de 1873, já citados, pode-se enunciar, a título exemplificativo: (i) 1889 - caso Cadot em que foi abandonada a teoria do ministro-juiz; (ii) 21 de junho de 1985 - caso Cames - nascimento da responsabilidade sem culpa, atualmente denominada de responsabilidade objetiva; (iii) 30.03.1916 – Teoria da Imprevisão; dentre vários outros⁵¹.

Em remate, para a complementação de uma visão global do sistema da Jurisdição Dual francesa, há que se salientar a existência do Tribunal de Conflitos criado com a função precípua de delimitar e fiscalizar o âmbito de atuação e competências entre a Justiça Administrativa e a Justiça Comum. A composição do Tribunal é de

⁵¹ Para obter acesso ao inteiro teor das decisões citadas e demais casos paradigmáticos na história do Direito Administrativo francês cf: <<http://www.conseil-etat.fr>>

três conselheiros do Conselho de Estado e três conselheiros da Corte de Cassação (órgão máximo da jurisdição não administrativa) que, por sua vez, elegem mais dois conselheiros. A presidência incumbe ao Ministro da Justiça.

Dessa breve análise do contencioso administrativo francês extrai-se uma idéia geral do funcionamento e dos requisitos para o acesso à jurisdição administrativa. Ao final do estudo, serão demonstradas as críticas mais recorrentes ao modelo, bem como os desafios enfrentados pelo contencioso administrativo na entrada do século XXI.

II – O contencioso administrativo em Portugal

Consoante asseverado, o objetivo deste trabalho é estabelecer um paralelo entre o sistema do contencioso administrativo e a jurisdição una, principalmente com vistas ao modelo adotado no Brasil. Todavia, até mesmo por questões de influência histórica, é importante avaliar o modelo adotado por Portugal para o Contencioso Administrativo.

Portugal, como quase todos os países europeus, diante do sucesso e desenvolvimento jurisprudencial francês, adotou, quase que em sua integralidade, o sistema da jurisdição administrativa francesa. A idéia central era a de criar um órgão jurisdicional que permitisse uma maior proteção da Administração.⁵²

Até 1974, o contencioso administrativo português era dividido entre o Supremo Tribunal Administrativo e as auditorias administrativas (tribunais de círculo) de Lisboa e do Porto, cujos auditores eram escolhidos por meio de concurso público. Uma série de mudanças constitucionais e de acontecimentos legislativos levaram ao crescimento da procura pelo contencioso administrativo⁵³, dentre os quais se destaca o decreto-lei nº 256-A/77 que prevê fundamentação obrigatória para os atos administrativos.

⁵² ENTERRÍA, 2002. pp.677-679

⁵³ Para uma acurada visão do desenvolvimento histórico do Contencioso Administrativo em Portugal vide, Sérvulo Corrêa, 1982.

A partir de 1984, e após o crescimento das matérias que poderiam ser levadas à apreciação do Supremo Tribunal Administrativo, o contencioso administrativo em Portugal poderia ser definido como “*as questões litigiosas que envolvam duas ou mais pessoas colectivas públicas ou uma pessoa colectiva pública e uma particular, seja ele indivíduo ou pessoa coletiva privada, que por lei não estejam submetidas à jurisdição de outros tribunais.*” (FREITAS DO AMARAL, *apud Gonçalves Lopes, 1999, p.8*). O Estado Democrático de Direito Português passou a prever não só o acesso às várias formas de Jurisdição portuguesas, mas também que a prestação jurisdicional se dê de forma razoável, eqüitativa e em tempo hábil (artigo 20º, da Constituição da República Portuguesa - CRP⁵⁴). Além disso, o artigo 22º, da Constituição Portuguesa impõe responsabilidade aos agentes públicos e às entidades estatais por eventuais ações ou omissões cometidas⁵⁵. O Supremo Tribunal Administrativo e as duas auditorias administrativas de Lisboa e do Porto não mais comportavam o excesso de processos. Teve-se,

54

Artigo**20.º****(Acesso ao direito e tutela jurisdicional efectiva)**

1. A todos é assegurado o acesso ao direito e aos tribunais para defesa dos seus direitos e interesses legalmente protegidos, não podendo a justiça ser denegada por insuficiência de meios económicos.
2. Todos têm direito, nos termos da lei, à informação e consulta jurídicas, ao patrocínio judiciário e a fazer-se acompanhar por advogado perante qualquer autoridade.
3. A lei define e assegura a adequada protecção do segredo de justiça.
4. Todos têm direito a que uma causa em que intervenham seja objecto de decisão em prazo razoável e mediante processo equitativo.
5. Para defesa dos direitos, liberdades e garantias pessoais, a lei assegura aos cidadãos procedimentos judiciais caracterizados pela celeridade e prioridade, de modo a obter tutela efectiva e em tempo útil contra ameaças ou violações desses direitos.

55

Artigo**22.º****(Responsabilidade das entidades públicas)**

O Estado e as demais entidades públicas são civilmente responsáveis, em forma solidária com os titulares dos seus órgãos, funcionários ou agentes, por acções ou omissões praticadas no exercício das suas funções e por causa desse exercício, de que resulte violação dos direitos, liberdades e garantias ou prejuízo para outrem.

portanto, movimento semelhante ao ocorrido na França com a criação de um tribunal intermédio e a expansão em número e em área territorial das auditorias. O artigo 212⁵⁶, da CRP, atribui aos tribunais administrativos e fiscais a competência para dirimir os litígios oriundos de relações jurídicas administrativas.

As reformas constitucionais retiraram do contencioso administrativo português qualquer traço que possa indicar a existência de um processo objetivo. Trata-se de processo objetivo que não mais se volta única e exclusivamente como forma de concessão de maiores proteções ao Estado. O foco da previsão constitucional passa a ser o jurisdicionado e não mais a Administração, a ela e seus agentes incumbe o ônus de responder solidariamente por quaisquer atos omissivos ou comissivos que causem dano aos cidadãos. Surge a idéia de um direito fundamental ao contencioso administrativo⁵⁷. Tais fatos, por óbvio, afastaram o processo administrativo da idéia de um processo objetivo em que apenas seria realizado um juízo de legalidade. Os valores axiológicos apresentados pelas normas constitucionais, ainda que de cunho programático⁵⁸, impuseram a necessidade de uma verdadeira reforma no processo administrativo.⁵⁹

⁵⁶Artigo

12.º

(Tribunais administrativos e fiscais)

1. O Supremo Tribunal Administrativo é o órgão superior da hierarquia dos tribunais administrativos e fiscais, sem prejuízo da competência própria do Tribunal Constitucional.
2. O Presidente do Supremo Tribunal Administrativo é eleito de entre e pelos respectivos juízes.
3. Compete aos tribunais administrativos e fiscais o julgamento das acções e recursos contenciosos que tenham por objecto dirimir os litígios emergentes das relações jurídicas administrativas e fiscais.

⁵⁷ GONÇALVES LOPES, 1997, p. 13-14

⁵⁸ AFONSO DA SILVA, 2007, 311 p.

⁵⁹ “Embora a Constituição não possa, por si só, realizar nada, ela pode impor tarefas. A Constituição transforma-se em força ativa se essas tarefas forem efetivamente realizadas, se existir a disposição de orientar a própria conduta segundo a ordem nela estabelecida, se, a despeito de todos os questionamentos e reservas provenientes dos juízos de conveniência, se puder identificar a vontade de concretizar essa ordem. Concluindo, pode-se afirmar que a Constituição

Para desafogar o Supremo Tribunal Administrativo, criou-se o Tribunal Central Administrativo para atuar como instância recursal dos tribunais de círculo e também como instância primária. Por se tratar de país em que o desenvolvimento do contencioso administrativo se deu juntamente com a evolução constitucional do Estado Democrático de Direito, Portugal possui um sistema muito mais subjetivista e que torna a esfera administrativa em verdadeira forma de especialização e não em nova forma de resolução de litígios.⁶⁰

Em 1997, foi aprovado o Código de Procedimento Administrativo⁶¹, verdadeiro compêndio da matéria administrativa e fiscal já tratada via leis esparsas que em sua exposição de motivos dispõe que:

Um Código do Procedimento Administrativo visa sempre, fundamentalmente, alcançar cinco objectivos:

- a) Disciplinar a organização e o funcionamento da Administração Pública, procurando racionalizar a actividade dos serviços;
- b) Regular a formação da vontade da Administração, por forma que sejam tomadas decisões justas, legais, úteis. e oportunas;
- c) Assegurar a informação dos interessados e a , sua participação na formação das decisões que lhes digam directamente respeito;
- d) Salvaguardar em geral a transparência da acção

converter-se-á em força ativa se fizerem-se presentes, na consciência geral – particularmente, na consciência dos principais responsáveis pela ordem constitucional -, não só a vontade de poder (Wille zur Macht), mas também a vontade de Constituição (Wille zur verfassung).” HESSE, 1991, p.19.

⁶⁰ CARNELUTTI, ob. Cit.

⁶¹ O Código de Procedimento Administrativo foi responsável pela reformulação e ampliação do Contencioso Administrativo português em uma clara busca por reduzir o número de processos em trâmite perante o Supremo Tribunal Administrativo e de possibilitar maior acesso à Justiça Administrativa. Para críticas ao projeto vide GONÇALVES LOPES, 1997.

administrativa e o respeito pelos direitos e interesses legítimos dos cidadãos;
e) Evitar a burocratização e aproximar os serviços públicos das populações.

Assim, tem-se no sistema português do contencioso administrativo diferenças não só nos objetivos da jurisdição administrativa, mas também de forma de atuação dos julgadores que, na península ibérica, logram atuar de forma mais subjetiva⁶². Além disso, a idéia de codificação do processo administrativo acaba por limitar a atividade jurisprudencial que, durante quase dois séculos permitiu a grande evolução do Direito Administrativo na França. Quer parecer o contencioso administrativo português verdadeiro sistema em posição mediana entre o contencioso administrativo francês e a jurisdição una.

Após breve incursão sobre o contencioso administrativo em Portugal, imperioso analisar o sistema brasileiro de Jurisdição Una.

III – O sistema brasileiro de Jurisdição Una

No Brasil, o artigo 5º, XXXV, da Constituição da República Federativa do Brasil, é peremptório ao impedir que qualquer causa, qualquer litígio, deixe de ser analisada pelo Judiciário. Trata-se do já consagrado princípio da inafastabilidade do Poder Judiciário.

Consoante se percebe, ao contrário do ocorrido na França, não se adotou a interpretação de Montesquieu com base na premissa de que os poderes seriam meras funções e que, por isso, estanques. A Carta Política de 1988, fruto da primeira experiência democrática após mais de 20 anos de regime autoritário, fez a clara opção pela definição mais ampla possível de Estado Democrático de Direito e pela inclusão de um sem número de direitos dentre o rol de direitos fundamentais da pessoa humana. Dentre esses direitos, encontra-se o princípio da inafastabilidade que, constituiria, desta forma, verdadeiro corolário do devido processo legal, esse previsto pelo

⁶² ENTERRIA, 2002, 676-680.

artigo 5º, LIV, da Constituição Federal. Preleciona Hely Lopes Meirelles:

“O sistema judiciário ou de jurisdição única, também conhecido como sistema inglês e, modernamente, denominado sistema de controle judicial, é aquele em que todos os litígios – de natureza administrativa ou de interesses exclusivamente privados – são resolvidos judicialmente pela Justiça Comum, ou seja, pelos juízes e tribunais do Poder Judiciário.”

O Brasil adotou, desde 1891, o sistema da jurisdição única. A experiência nacional, portanto, é a de que todos os litígios, independentemente de quem figure como parte, será resolvido perante o Poder Judiciário. Assim é que as causas envolvendo diretamente atos da Administração são de responsabilidade das instâncias originárias do Poder Judiciário. Não há, portanto, espaço para se falar em contencioso administrativo no Brasil, nos mesmos moldes do que ocorre na França.

Não obstante a tradição constitucional calcada no sistema da jurisdição una, o ordenamento jurídico nacional prevê uma série de instrumentos e meios processuais que podem ser aviados perante a autoridade administrativa. Todavia, ao contrário do que ocorre na França, esses processos não fazem coisa julgada material (salvo na esfera administrativa) sendo sempre passíveis de revisão pelo Poder Judiciário. Entretanto, não se pode dizer que ao processo administrativo não foi relegada posição de destaque pelo ordenamento jurídico nacional. Maior expoente dessa preocupação com o processo administrativo no Brasil, ainda que se leve em conta a sua aparente ausência de efetividade, encontra-se na Lei nº 9784/99, conhecida como a lei do processo administrativo⁶³ que

⁶³ Adota-se, ainda que com ressalvas, o posicionamento de MOREIRA, 2007, p. 60, a fim de diferenciar processo administrativo de procedimento. “O processo administrativo é a relação jurídica dinâmica, coordenada por normas que estabelecem vínculo de segundo grau entre os sujeitos que dele participam.”

instituiu normas procedimentais para toda a Administração Pública Federal e, via de conseqüência, influência nas legislações estaduais e distrital.

O processo administrativo⁶⁴ no Brasil, em semelhança com o ocorrido em Portugal, ganhou uma espécie de código de processo administrativo que possui a pretensão de uniformizar a forma de atuação dos agentes públicos perante os administrados em sede de procedimentos administrativos. Trata-se, contudo, de instância prévia à judicial, essa que, pelo princípio da inafastabilidade, não poderá deixar de julgar causas por mais que tenham sido debatidas perante as instâncias administrativas.

O sistema da Jurisdição Una, assim como ocorrido na Jurisdição Dual, toma por sustentáculo a hierarquização dos tribunais de tal sorte que seja possibilitada a revisão, por meio de recursos, de decisões passíveis de reforma. Apenas quando as causas, ou decisões administrativas forem decididas pelo Poder Judiciário é que essas se encontrarão revestidas pela coisa julgada.

IV – As semelhanças nas falhas existentes nos modelos. Possíveis contribuições

Do exposto, resta evidente a impossibilidade de separação ou divisão dos modelos de Jurisdição no Brasil. Não há, portanto, que se falar em jurisdição administrativa. O sistema de controle dos atos da Administração inserido no âmbito do próprio Poder Executivo não possui o condão de encerrar definitivamente o litígio, vale dizer, não fazem coisa julgada.

E a essa falta de imutabilidade das decisões administrativas proferidas no âmbito do processo administrativo brasileiro pode-se atribuir eventual descrédito concedido ao sistema de controle dos

Parece incorreta a denominação procedimento administrativo, tendo em vista que esse posicionamento exclui da esfera administrativa a idéia de relação processual, além de confundir o conceito de processo com o de procedimento (mero rito, seqüência, encadeamento de fatos).

⁶⁴ A definição utilizada para a definição de processo administrativo deixa bem clara sua diferenciação para com a de contencioso administrativo.

atos administrativos nacionais, já que o processo administrativo, via de regra, passa a atuar como verdadeira fase pré-judicial.

A falta de exequibilidade ou de coercitividade das decisões administrativas não é exclusividade do Brasil, já que até mesmo na França esse tem sido, até hoje, o maior motivo de preocupação para a doutrina⁶⁵. Apesar da criação do instituto das astreintes (multas que podem ser impostas pelo julgador diante do descumprimento de obrigação de fazer) em 1980, esse foi usado poucas vezes no histórico das decisões mais recentes do Conselho de Estado.

De outro norte e por caminhos transversos, mormente pelo excesso de incidentes processuais, o Brasil sofre das mesmas dificuldades para prestigiar o vencedor da ação. Tanto o é que o Código de Processo Civil tem passado por várias alterações em busca da garantia de maior efetividade ao processo de execução das decisões judiciais.

A questão francesa ressoa menos preocupante do que a nacional, porquanto o sistema lá adotado permite a evolução gradual sem a necessidade de renovação legal, consoante demonstrado. Ademais, nem mesmo quando o Conselho de Estado possuía caráter eminentemente consultivo e era aplicado o princípio do ministro-juiz, suas decisões, consoante já mencionado, raramente deixavam de ser acatadas. A credibilidade emprestada pela população francesa ao sistema de jurisdição dual é diferenciada, também, pela relação histórica do Conselho de Estado com a formação e concretização da nação francesa.

Enquanto os processos oriundos do contencioso administrativo caminham para a subjetivação de seus fins⁶⁶, para a realização de um processo em busca da satisfação do administrado (na esteira do ocorrido em Portugal), a mesma situação ocorre no Brasil. Por subjetivação⁶⁷, pode se entender tanto a busca pela satisfação da tutela individualmente requerida (como ocorre no

⁶⁵ ENTERRIA, 1989, 22 p.

⁶⁶ ENTERRÍA, 2002, pp.680-684.

⁶⁷ Para a construção do referido conceito adota-se o conceito de processo como instrumento para a satisfação do direito material tratado de forma satisfativa em BUENO, 2006, p.1-3.

recurso de plena jurisdição), quanto a busca pela redução de formalidades ou de procedimentos impeditivos da satisfação da tutela jurisdicional.

A crise do sistema do contencioso administrativo tão tratada por autores de todo o continente europeu, não se limita ao acúmulo de processos. Tem origem em tradições do contencioso administrativo que não prevêem a utilização dos recursos como forma efetiva de satisfação da tutela requerida, mas sim como indicadores das ações a serem tomadas pelo Administrador para que ele mesmo sane eventuais incorreções na prestação dos serviços públicos⁶⁸. É, sem sombra de dúvidas, a manutenção do princípio proibitivo da injunção da jurisdição administrativa nos atos de governo.

Entretanto, esse pensamento de não intromissão na seara da atuação do administrador vem, a cada dia, sofrendo mitigação e indicando a possibilidade de aplicação de conceitos processuais que parecem tão basilares ao sistema de jurisdição uma para as ações que envolvam a Administração perante o contencioso administrativo. Confira-se:

“No sistema francês tradicional resultava evidente que a limitação virtual do recurso de plena jurisdição as pretensões de conteúdo patrimonial estrito (contratos, responsabilidade, tributos) não poderia amparar a idéia de que esse instrumento processual era apropriado para tornar efetivos os direitos subjetivos dos cidadãos perante a Administração. Pois é evidente que na sociedade atual não se poderia pretender que os cidadãos não tenham em face da Administração outros direitos subjetivos que não só de conteúdo patrimonial, tampouco que todas as demais pretensões frente à Administração devam

⁶⁸“No contencioso de plena jurisdição, tudo que se admite é que a decisão faculte à Administração abandonar certa atitude, para escapar à condenação pecuniária.”
BERNARDES FILHO, 1991, p.59.

traduzir-se em mera faculdade de denúncia para que os titulares da jurisdição contenciosa administrativa resolvam a situação de ofício, sem atender aos interesses materiais subjacentes a tais pretensões⁶⁹.”⁷⁰

A busca atual não se encontra mais na estruturação, ou na consolidação de um ou de outro sistema. Passa-se a uma análise subjetiva da situação fática apresentada. Busca-se a satisfação do direito do jurisdicionado, seja perante a Administração, seja perante a Jurisdição Una.

Por maior que seja a aparente disparidade entre os sistemas, percebe-se a clara tendência de aproximação entre o contencioso administrativo e a jurisdição una, consubstanciada na disseminação da idéia de Estado Democrático de Direito.

V – Conclusão

‘Contencioso Administrativo x Jurisdição Una’: apesar de um título que parece indicar verdadeira contraposição entre os sistemas jurisdicionais ora evidenciados, percebe-se que a satisfação do jurisdicionado, no Estado Democrático de Direito, é o objetivo comum de ambos os sistemas revelador de suas semelhanças.

Os problemas também se assemelham quando se amplia o conceito de subjetivação do processo. Demais disso, os sistemas sofrem com o acúmulo de processos perante as instâncias superiores, o que dificulta a sensação de satisfação com a prestação jurisdicional. A demora na concretização da tutela, seja pelo caráter meramente sugestivo da maioria das decisões referentes ao recurso por excesso de poder, seja pela demora na satisfação do crédito

⁶⁹ ENTERRIA, 2002, 681.

⁷⁰ O contraste entre a nota 42 e a citação especificada na nota 43, demonstram o quanto caminhou, em pouco mais de dez anos, a jurisprudência francesa em busca de uma mais satisfação dos direitos subjetivos dos administrados. Ressoa tal percepção na redução dos atos que são tidos como atos de governo e que, por isso, não seriam passíveis de anulação pelo Conselho de Estado.

concedido por título judicial, surge como verdadeiro estigma de ambos os sistemas.

Eduardo Couture, com base nos ensinamentos de Holmes de que “O direito não é lógica, mas experiência”, preleciona que “o jurista não é um lógico, mas um engenheiro social” (2004, p. 16).

É com essa perspectiva que os anseios sociais por uma prestação jurisdicional efetiva devem ser tratados pelos juristas, independentemente do sistema jurisdicional a ser aplicado. Apenas atuando como engenheiros sociais, os juristas conseguirão entender e fazer valer os anseios da sociedade.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- BERNARDES FILHO, Hugo Gueiros. “*Instituto da Jurisdição administrativa Francesa e o sistema jurídico brasileiro*”. In: Revista de Direito Público nº 91, Ano 22, Setembro 1991
- BOBBIO, Norberto, 1909. “*A era dos direitos*”. Trad: Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004, 3ª reimpressão.
- BUENO, Cássio Scarpinella. “*Partes e terceiros no processo civil brasileiro*”. 2 ed.rev. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2006.
- CALASANS, Jorge Thierry e DA SILVA, Solange Teles. “*A Jurisdição Administrativa na França. In: 1º Congresso Brasileiro de Advocacia Pública. Advocacia Pública & Sociedade, Ano II, nº 2 – 1998. Max Limonad.*
- CARNELUTTI, Francesco. “*Estúdios de Derecho Procesal*” trad. esp. De Santiago Sentis Melendo, Buenos Aires, EJE, 1952.
- CAPPELLETTI, Mauro. “*Juizes Legisladores?*” Porto Alegre: SAFE, 1999.
- CHAPUS, René. *Droit du contentieux administratif*. 5 ed. Paris: Montchrestien, 1995
- CHIOVENDA, Giuseppe. “*Instituições de Direito Processual Civil*. Trad de J. Guimarães Menegale. São Paulo, Saraiva, 3ª ed., 1969.
- COUTURE, Eduardo. “*Introdução ao Estudo do Processo Civil*” 3 ed. Tradução: Mozart Victor Russomano. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

ENTERRÍA, Eduardo García. “La crisis del contencioso-administrativo francés el fin de um paradigma.” In: Revista de Direito Público nº 91, Ano 22, Setembro 1991

_____. “*La justicia administrativa en el cambio de siglo*”. In: Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Volume XLII nº 2. Lisboa: Coimbra Editora. 2002.

HESSE, Konrad. “*A força normativa da Constituição*”. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: SAFe, 1991.

MEIRELLES, Helly Lopes. “*Direito Administrativo Brasileiro*”. 30 ed. São Paulo: Malheiros. 2005

MOREIRA, Egon Bockmann. “*Processo Administrativo. Princípios Constitucionais e a Lei 9784/1999*”. 3 ed. Atual. rev. São Paulo: Malheiros. 2007

SILVA, José Afonso. “*Aplicabilidade das Normas Constitucionais*”. 7 ed. São Paulo: Malheiros. 2007.

SOARES, José Ribamar Barreiro Soares. “*A justiça administrativa no direito comparado*”. 2001. Disponível em <http://www.senado.gov.br>. Acesso em 12.01.2007.

Sérvulo Corrêa, 1982. Noções de Direito Administrativo , Vol. I, Lisboa: Danúbio.