

UNIVERSIDADE FEDERAL FLUMINENSE
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO JUSTIÇA ADMINISTRATIVA
MESTRADO PROFISSIONAL EM JUSTIÇA ADMINISTRATIVA

CARLOS ALEXANDRE BENJAMIN

A VIABILIDADE DE REINTRODUÇÃO DO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
PREVIDENCIÁRIO NO ORDENAMENTO JURÍDICO NACIONAL

NITERÓI
2014

CARLOS ALEXANDRE BENJAMIN

A VIABILIDADE DE REINTRODUÇÃO DO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
PREVIDENCIÁRIO NO ORDENAMENTO JURÍDICO NACIONAL

Dissertação de Mestrado Profissional apresentada ao Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu Justiça Administrativa da Universidade Federal Fluminense – PPGJA/UFF, como requisito parcial para obtenção do grau de Mestre, sob orientação do Professor Doutor Edson Alvisi Neves.

Niterói
2014

**Universidade Federal Fluminense
Superintendência de Documentação
Biblioteca da Faculdade Direito**

B468 Benjamin, Carlos Alexandre.
A viabilidade de reintrodução do contencioso administrativo previdenciário no ordenamento jurídico nacional / Carlos Alexandre Benjamin. – Niterói, 2014.
173 f.

Dissertação (Mestrado Profissional em Justiça Administrativa) – Programa de Pós-Graduação Justiça Administrativa, Universidade Federal Fluminense, 2014.

1. Contencioso administrativo. 2. Jurisdição administrativa. 3. Acesso à Justiça. 4. Direito previdenciário. 5. Ordenamento jurídico. I. Universidade Federal Fluminense, Instituição responsável. II. Título.

CDD 341.2

Carlos Alexandre Benjamin

A VIABILIDADE DE REINTRODUÇÃO DO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
PREVIDENCIÁRIO NO ORDENAMENTO JURÍDICO NACIONAL

Dissertação de Mestrado Profissional apresentada ao Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* Justiça Administrativa da Universidade Federal Fluminense – PPGJA/UFF como requisito parcial para obtenção do grau de Mestre.

Dissertação defendida e aprovada em 31 de março de 2014.

Banca Examinadora

Professor Doutor Edson Alvisi Neves
Presidente
Universidade Federal Fluminense

Professor Doutor Gilvan Luiz Hansen
Universidade Federal Fluminense

Professor Doutor Gustavo Silveira Siqueira
Universidade do Estado do Rio de Janeiro

Niterói
2014

AGRADECIMENTOS

A Deus, sem o qual nada seria possível.

Ao Professor Edson Alvisi Neves, meu orientador, pelas observações precisas e conclusivas que me possibilitaram concluir a dissertação a contento. Um de nossos encontros, apesar de informal – em restaurante para confraternização de encerramento das atividades letivas do curso de mestrado –, foi muito proveitoso para delimitação do tema da dissertação.

Ao Professor Gilvan Luiz Hansen, com base em cuja observação, precisa e inteligente, pude dar um sutil enfoque filosófico à dissertação, segundo os ensinamentos de Jürgen Habermas.

Ao Professor Gustavo Silveira Siqueira, pelas observações e sugestões com base nas quais a dissertação pôde ser aperfeiçoada para assumir um caráter mais “acadêmico”.

À colega Juíza Federal Mônica Lúcia do Nascimento Frias, já mestre em Direito, pela ajuda e estímulo. Quando comecei a escrever a dissertação, a ajuda dela foi muito importante, seja pela pesquisa das obras jurídicas específicas para início dos trabalhos, seja pelas sugestões e críticas, sempre muito bem-vindas, em razão da minha inexperiência em escrever dissertação de mestrado. Ele me fez perceber que a dissertação de trabalho acadêmico não segue a mesma lógica da redação de sentenças judiciais, com a qual estou acostumado.

Por fim, à minha mãe, pelo estímulo e desejo de ter um filho “doutor”. Desde muito jovem, já ouvia minha mãe dizer que, sem estudo, não se chega a lugar nenhum. Ela dizia que, um dia, eu seria “alguém”, eu seria “doutor”. Posso, agora, dizer-lhe que estou chegando lá.

RESUMO

O presente trabalho tem por objetivo apresentar algumas questões sobre a reintrodução do contencioso administrativo no ordenamento jurídico do Brasil. Considera-se possível a criação de uma justiça administrativa previdenciária, integrante do Poder Executivo, situada, organicamente, na estrutura do Instituto Nacional do Seguro Social, com atribuição ao Poder Judiciário de fiscalização das decisões da referida justiça administrativa, por meio de recurso ou, em casos especiais, de ação autônoma de impugnação, como forma de se prestigiar o acesso a uma ordem jurídica justa. Com a presente proposta, pretende-se reduzir o número de ações em tramitação nos juizados especiais federais e nas varas federais e tornar o julgamento das causas relativas a benefícios da previdência social mais célere, de modo a se cumprir o comando constitucional que estabelece como direito fundamental a duração razoável dos processos. A conclusão a que se chegou, com o presente trabalho, é a de que o contencioso administrativo previdenciário, com poderes jurisdicionais, integrante da estrutura do Instituto Nacional do Seguro social, é compatível com a ordem constitucional vigente e essencial para a garantia de uma tutela jurídica efetiva.

Palavras-chave: Reintrodução do contencioso administrativo. Justiça administrativa previdenciária. Acesso à Justiça.

ABSTRACT

This thesis aims to present some issues on the reintroduction of administrative litigation into the Brazilian legal system. The thesis holds that it is possible to create a social security administrative court as part of the Executive, organically situated within the structure of the National Institute of Social Security (Instituto Nacional do Seguro Social). It would enable the Judiciary to review the decisions of the aforementioned administrative court, by filing an appeal or, in special cases, by filing an autonomous challenge action, as a way to honor access to a fair legal system. Thus, this proposal is meant to reduce the number of ongoing lawsuits in Federal Special Courts and other Federal Courts, and to expedite trials involving social security benefits in order to fulfill the constitutional rule that establishes the reasonable length of proceedings as a fundamental right. The thesis reaches the conclusion that a social security administrative court endowed with jurisdictional powers, as part of the structure of the National Institute of Social Security (Instituto Nacional do Seguro Social), is compatible with the current constitutional order and is essential for ensuring effective judicial oversight.

Keywords: Reintroduction of administrative litigation. Social Security Administrative Justice. Court Access.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	9
CAPÍTULO 1	20
1.1 O CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO NA DEMOCRACIA DELIBERATIVA DE JÜRGEN HABERMAS E O PRÉVIO REQUERIMENTO ADMINISTRATIVO COMO CONDIÇÃO DA AÇÃO NA JUSTIÇA ORDINÁRIA OU ADMINISTRATIVA	20
1.1.1 O contencioso administrativo e algumas reflexões sobre a democracia deliberativa de Jürgen Habermas	20
1.1.2 O sistema de jurisdição una e o de dualidade de jurisdição	27
1.1.3 O prévio requerimento administrativo como condição da ação na justiça ordinária ou administrativa	36
CAPÍTULO 2	46
2.1 O HISTÓRICO DO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO E DA JUSTIÇA ADMINISTRATIVA NA MODERNIDADE	46
2.1.1 Considerações preliminares	46
2.1.2 O histórico da justiça administrativa	49
2.1.3 O histórico da justiça administrativa no Brasil	60
2.1.4 A Emenda Constitucional n. 7, de 1977, à Constituição Federal de 1967 (Emenda Constitucional n. 1, de 1969)	66
CAPÍTULO 3	80
3.1 A CONSTITUCIONALIDADE DO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO ..	80
3.1.1 O acesso à tutela jurídica efetiva	80
3.1.2 A constitucionalidade do contencioso administrativo	85
3.1.3 As matérias de competência do contencioso administrativo	91
3.1.4 As limitações impostas ao contencioso administrativo	99
CAPÍTULO 4	112
4.1 O DEVIDO PROCESSO LEGAL E O CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO	112
4.1.1 O princípio do devido processo legal	112
4.1.2 A fixação da competência da jurisdição administrativa	118
4.1.3 O procedimento do contencioso administrativo	124
CAPÍTULO 5	131
5.1 A "DESJUDICIALIZAÇÃO" DA EXECUÇÃO FISCAL	131
5.1.1 Considerações gerais	131
CONCLUSÃO	147
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	157

INTRODUÇÃO

A preocupação com a ineficiência da Justiça é manifesta há muitos anos, em vários países, notadamente nas décadas de 1970 e 1980, com diversas publicações de estudos científicos de sociólogos, cientistas políticos, juristas. No campo do Direito, com base em visão interdisciplinar, havia preocupação em se tornar efetivo o acesso à justiça¹, com a remoção dos obstáculos de ordem econômica, social, jurídica e cultural que limitavam o acesso equitativo dos cidadãos aos órgãos encarregados de administrar a justiça.²

O problema da duração do processo não é exclusivamente brasileiro, é um fenômeno universal. Segundo José Carlos Barbosa Moreira³, na Itália, um processo na área cível, perante a jurisdição comum, conforme relatório apresentado em 1998, tinha duração média de quatro anos; no Japão, o processo durava anos na primeira instância e décadas, até decisão final, na Corte Suprema; da mesma forma, nos Estados Unidos da América, um processo na primeira instância chegava a durar, em média, de três a cinco anos.

Em muitos países as partes que buscam uma solução judicial precisam esperar dois ou três anos, ou mais, por uma decisão exequível. Os efeitos dessa delonga, especialmente se considerados os índices de inflação, podem ser devastadores. Ela aumenta os custos para as partes e **pressiona os economicamente fracos a abandonar suas causas, ou aceitar acordos por valores muito inferiores àqueles a que teriam direito.** A Convenção Europeia para a Proteção dos Direitos Humanos e Liberdades Fundamentais reconhece, explicitamente, no artigo 6º, parágrafo 1º, que a Justiça que não cumpre suas funções dentro de “um tempo razoável” é, para muitas pessoas, uma Justiça inacessível. (grifo nosso).⁴

¹ Para detalhes sobre o assunto, consultar: CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro. *Acesso à Justiça: juizados especiais cíveis e ação civil pública: uma nova sistematização da teoria geral do processo*. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 44.

² Nesse sentido, as “ondas de reformas” voltadas à promoção do acesso à justiça. CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça*. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988.

³ MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Temas de direito processual: oitava série. Antecipação da tutela: algumas questões controvertidas*. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 2-3.

⁴ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça*. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988, p. 20.

No Brasil, os relatórios do Conselho Nacional de Justiça, órgão do Judiciário criado pela Emenda Constitucional n. 45/2004 à Constituição Federal de 1988, revelam o aumento da litigiosidade desde o ano de 2009, fato que compromete a entrega da prestação jurisdicional em tempo razoável, notadamente nos juizados especiais federais.

A quantidade de processos ajuizados nos diversos órgãos do Judiciário é superior ao de sentenças proferidas e de processos encerrados (“baixados”). Ademais, não se consegue nem mesmo manter o equilíbrio entre processos encerrados (“baixados”) e processos novos (“ajuizados”). Tais assertivas constam do Relatório “Justiça em números 2013, ano-base 2012” do Conselho Nacional de Justiça:

O total de processos em tramitação no Poder Judiciário aumenta gradativamente desde o ano de 2009, quando era de 83,4 milhões de processos, até atingir a tramitação de 92,2 milhões de processos em 2012, sendo que, destes, 28,2 milhões (31%) são casos novos e 64 milhões (69%) estavam pendentes de anos anteriores.⁵

Os dados estatísticos acima apresentados demonstram que o crescimento da demanda no Judiciário não tem permitido que os esforços para julgamento e “baixa” de processos sejam suficientes para que se tenha prestação jurisdicional mais célere.

Releva, também, ressaltar que o aumento do número de processos em tramitação compromete a celeridade dos processos que já tramitam perante as varas federais e os juizados especiais federais.

Como solução para esse problema, pode-se adotar sistema misto de jurisdição, com criação de uma justiça administrativa previdenciária, mantida, evidentemente, a garantia de acesso ao Judiciário, na fase recursal, ou, antes dela, quando houver violação ao devido processo legal no âmbito do contencioso administrativo.

A Administração Pública tem por objetivo a realização do bem comum; muitas vezes, porém, ao exercer atividades que lhe são próprias,

⁵ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Relatório “Justiça em números 2013, ano-base 2012”*, p. 298. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/programas-de-a-a-z/eficiencia-modernizacao-e-transparencia/pj-justica-em-numeros/relatorios>>. Acesso em: 26 out. 2013.

viola direitos dos cidadãos. Cabe ao Judiciário, por meio de ação judicial, o controle dos atos administrativos. Esse controle é intenso no Brasil; primeiro, porque se adota o sistema de jurisdição una; segundo, porque grande número de processos tem como litigantes o Poder Público e o Instituto Nacional do Seguro Social, este, réu em, aproximadamente, 70% das causas nos juizados especiais federais.⁶

Por outro lado, as ações em que o Instituto Nacional do Seguro Social é parte têm em comum a repetição de padrões (inicial, contestação, sentença, recurso e acórdão) e a previsibilidade de seu resultado.⁷

Esse número excessivo de demandas repetitivas a envolver o Instituto Nacional do Seguro Social causa sobrecarga de trabalho nos juizados especiais federais e nas varas federais de todo o País e gera morosidade na entrega da prestação jurisdicional.

Não há dúvida de que os juizados especiais foram criados com o objetivo de ampliar o acesso à justiça e reduzir a litigiosidade contida, ao possibilitar que o Judiciário julgasse demandas reprimidas que, normalmente, não seriam deduzidas no juízo ordinário, em razão da sua simplicidade ou do ínfimo valor da causa.

No entanto, se, por um lado, a criação dos juizados especiais diminuiu a litigiosidade reprimida, por outro lado, contribuiu para a litigiosidade exacerbada, com o ajuizamento de “bagatelas jurídicas”⁸, que, normalmente, não seriam deduzidas no juízo ordinário.

⁶ O Instituto Nacional do Seguro Social (INSS) é réu em 73% das causas que tramitam nos juizados especiais federais, seguido pela Caixa Econômica Federal (CEF), com 15,5% das causas em tramitação nos referidos juizados. BOCHENEK, Antônio César. *A interação entre tribunais e democracia por meio do acesso aos direitos e à justiça: análise de experiência dos juizados especiais federais cíveis brasileiros*. 2012. 546 p. Tese (Doutoramento em Direito, Justiça e Cidadania no Século XXI). Faculdade de Economia e Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Portugal, 2012. Série Monografias do CEJ, v. 15, jan./abr. 2013. Brasília: Conselho da Justiça Federal, 2013, 563 p., p. 256. Disponível em: <<http://www2.cjf.jus.br/ojs2/index.php/mono/article/view/1786/1747>>. Acesso em: 15 jul. 2013.

⁷ ALVES, Rogério Pacheco. *As prerrogativas da fazenda pública nas ações coletivas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

⁸ Isso se dá, principalmente, em razão da total gratuidade do processo em primeiro grau de jurisdição, o que faz com que muitas pessoas se aventurem a demandar mesmo não tendo razão, sabendo que nada perdem. CÂMARA, Alexandre Freitas. *Juizados*

São relevantes os efeitos deletérios da morosidade da justiça: desprestígio do Poder Judiciário, exclusão de demandas de cidadãos que têm seus direitos violados e que deveriam obter a reparação do dano, mas, ao avaliarem custo e benefício de um processo judicial, acabam adotando conduta de conformação ou buscam caminhos alternativos.

Depreende-se disso que as lesões causadas pelo Poder Público (incluída a autarquia federal Instituto Nacional do Seguro Social) devem receber tratamento diferenciado como, por exemplo, com a adoção de sistema obrigatório de contencioso administrativo, em primeira instância, com admissão do acesso à justiça de forma subsidiária.

Após a Revolução Francesa de 1789, ampliou-se o alcance do princípio da separação de poderes estatais, com o entendimento de que a solução dos litígios nos quais a Administração Pública fosse parte não poderia ser atribuída ao Poder Judiciário, ante o risco de se criar subordinação de um poder estatal ao outro.

A justiça administrativa, assim entendida como os órgãos estatais, separados da jurisdição ordinária, responsáveis pelo julgamento do contencioso administrativo, surgiu em 1801, após a Revolução Francesa de 1789, como parte do Estado de Direito, uma forma de governo na qual a lei se situava acima dos homens.⁹

Em sentido amplo, a justiça administrativa, à qual se atribui o julgamento de lide de natureza administrativa, pode ser exercida pelo Poder Judiciário, no sistema de jurisdição una, ou pelo contencioso administrativo, no sistema de dualidade de jurisdição.

De outro lado, o sistema de jurisdição única ou sistema judiciário (*judicial control*) teve origem na Inglaterra e, posteriormente, foi adotado nos Estados Unidos da América.¹⁰

especiais cíveis estaduais e federais: uma abordagem crítica. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 5.

⁹ ENTERRÍA, Eduardo Garcia. *As transformações da justiça administrativa: da sindicabilidade restrita à plenitude jurisdicional*. Belo Horizonte: Fórum, 2010, p. 6.

¹⁰ O primeiro país a adotar a doutrina de Montesquieu foram os Estados Unidos da América, através de sua incorporação na Constituição de Virgínia em 1776, seguida pelas Constituições de Massachussetts, Maryland, New Hampshire e pela própria

No Brasil, adota-se o modelo de jurisdição única desde o período republicano, por influência de Rui Barbosa que se inspirou na Constituição norte-americana de 1787 para redigir o projeto que resultou na Constituição republicana brasileira de 1891.¹¹

Na época do Regime Militar, iniciado em 1964, tentou-se, com a Emenda Constitucional n. 7, de 1977, à Constituição Federal de 1967 (Emenda Constitucional n. 1, de 1969), sem sucesso, introduzir no ordenamento jurídico brasileiro o contencioso administrativo.

A problemática do tema surge pela necessidade de se harmonizar a reintrodução, no ordenamento jurídico nacional, do contencioso administrativo previdenciário com o princípio constitucional do acesso à justiça ou da inafastabilidade da jurisdição.

A justificativa do estudo de tal tema reside no fato de que o acesso à justiça deve ser entendido não apenas como garantia de acesso aos tribunais, mas, também, como o direito de obtenção de tutela jurídica efetiva.

Em outros termos, o tempo de tramitação do processo não deve punir a parte que tem razão e favorecer aquela que não a tem.

No entanto, tem-se percebido que o aumento do número de magistrados não tem sido suficiente para a redução da morosidade na prestação da tutela jurisdicional.

Releva, nesse ponto, transcrever trecho do Relatório “Justiça em números 2013, ano-base 2012” do Conselho Nacional de Justiça, quanto à Justiça Federal na 2ª Região, que abrange os Estados do Rio de Janeiro e do Espírito Santo:

Constituição Federal de 1787. BORGES, Marcos Afonso. Meios de invadir o ato administrativo no Brasil. *Revista da Faculdade de Direito da UFG, Goiás*, v. 7, n. 1-2, p. 53-64, jan./dez. 1983, p. 61. Disponível em: <<http://revistas.ufg.br/index.php/revfd/article/view/11423/7505>>. Acesso em: 15 jun. 2013.

¹¹ Na verdade, este dispositivo da Constituição de 1891 concentrava o conhecimento de todos os litígios administrativos na Justiça Federal, especialização formal e material do Poder Judiciário do Brasil, em sistema de unidade de jurisdição, firmada a competência dos “juízes ou tribunais federais”, *ratione personae*, pela presença da pessoa jurídica pública União, na relação processual, bem como *ratione materiae* pela aplicação do Direito Administrativo e do Direito Constitucional, nas “causas” expressamente referidas. GUALAZZI, Eduardo Lobo Botelho. *Justiça administrativa*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1986, p. 141-142.

O aumento no total de servidores no último ano (6%) deve-se ao crescimento da força de trabalho auxiliar que consiste de estagiários (variação de 19,1%) e de terceirizados (variação de 4,4%), além do leve crescimento dos servidores efetivos (variação de 3,3%). Já o aumento de magistrados (5,3%) foi impacto de nova distribuição na primeira instância do TRF2 [Tribunal Regional Federal da 2ª Região], que passou a contar com mais juízes exclusivos de primeiro grau, de JEFs [Juizados Especiais Federais] e de Turmas Recursais, com redução no número de magistrados que acumulavam duas ou mais dessas funções. No segundo grau, o quantitativo de desembargadores segue o mesmo desde 2009. A carga de trabalho por magistrado diminuiu (-8,1%) em praticamente todas as instâncias, menos no primeiro grau, que teve crescimento sutil de 1,2%. Houve, também, diminuição no quantitativo de sentenças por magistrado (11,3%), com exceção, também, do primeiro grau, que teve aumento de 3,3%. Desse modo, tais variações sinalizam mais para a distribuição de magistrados que propriamente alterações na produtividade. **Com isso, apesar de ter havido diminuição de casos novos (-9%), houve também queda no quantitativo de sentenciados (-6,6%) e de baixados (-5,3%), revelando-se possibilidade do aumento do estoque no próximo ano.** (grifo nosso).¹²

Segundo o referido relatório do Conselho Nacional de Justiça, a carga de trabalho por magistrado, na 2ª Região da Justiça Federal, que abrange os Estados do Rio de Janeiro e do Espírito Santo, é de, em média, 4.113 processos nos juizados especiais federais e de 6.459 processos nas varas federais.¹³ Esses dados demonstram que o aumento do número de magistrados federais, no ano de 2012, não significou aumento do número de processos sentenciados e “baixados”.

No 2º Juizado Especial Federal de Duque de Caxias, situado na Seção Judiciária do Estado do Rio de Janeiro, do qual sou juiz titular desde 2010, chegou-se ao total de 1.582 processos em tramitação (dados de outubro de 2013), conforme informação da Corregedoria do Conselho Nacional de Justiça em “Justiça Aberta”¹⁴.

¹² BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Relatório “Justiça em números 2013, ano-base 2012”*, p. 179. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/programas-de-a-a-z/eficiencia-modernizacao-e-transparencia/pj-justica-em-numeros/relatorios>>. Acesso em: 26 out. 2013.

¹³ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Relatório “Justiça em números 2013, ano-base 2012”*, p. 179. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/programas-de-a-a-z/eficiencia-modernizacao-e-transparencia/pj-justica-em-numeros/relatorios>>. Acesso em: 26 out. 2013.

¹⁴ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Justiça Aberta*. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/corregedoria/justica_aberta/?>. Acesso em: 20 nov. 2013.

Para manter o total de processos em número inferior à média de processos, por magistrado, nos juizados especiais federais da 2ª Região da Justiça Federal, que abrange os Estados do Rio de Janeiro e do Espírito Santo, de 4.113 processos, conforme o referido relatório do Conselho Nacional de Justiça, não é possível seguir o exemplo dos juizados especiais estaduais, nos quais são realizadas audiências de conciliação, instrução e julgamento em *todos* os processos. É aqui que a reintrodução, no ordenamento jurídico nacional, do contencioso administrativo propiciaria a realização de audiências na maior parte dos processos e não somente nas ações com pedido de concessão de pensão previdenciária por morte, como ocorre atualmente.

É preciso, porém, que se esclareça desde logo que a ampliação da estrutura do Judiciário, com a realização de concursos públicos para ingresso de mais magistrados na carreira, parece não ser medida eficaz, pois o aumento do número de juízes, por si só, já demonstrou não resultar em celeridade processual, conforme o mencionado relatório do Conselho Nacional de Justiça.

Por outro lado, o problema da morosidade na prestação jurisdicional é agravado nos municípios afastados dos grandes centros urbanos, nos quais a Justiça Federal não concluiu o processo de interiorização, notadamente na 1ª e na 5ª Regiões (a 1ª Região da Justiça Federal abrange os seguintes Estados: Acre, Amazonas, Amapá, Minas Gerais, Pará, Roraima, Rondônia, Tocantins, Bahia, Goiás, Maranhão, Mato Grosso, Piauí, além do Distrito Federal; a 5ª Região da Justiça Federal abrange os seguintes Estados: Sergipe, Alagoas, Pernambuco, Rio Grande do Norte, Ceará e Paraíba)¹⁵; as demandas que deveriam tramitar nos juizados especiais federais são julgadas na justiça estadual (reconhecidamente morosa), por delegação de competência (artigo 109, § 3º, da Constituição da República de 1988).¹⁶

¹⁵ INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA (IPEA). Acesso à justiça federal: dez anos de juizados especiais. *Série Pesquisas do CEJ*, v. 14. Brasília: Conselho da Justiça Federal, Centro de Estudos Judiciários, 2012, 228 p, p. 44. Disponível em: <<http://www.cjf.jus.br/cjf/CEJ-Coedi/pesquisas/serie%20pesquisa%20cej%2014.pdf>>. Acesso em: 18 out. 2013.

¹⁶ Ao elaborar a Carta de 1988, teve em mente o legislador constituinte a manutenção de regras de competência que facilitassem o acesso à prestação jurisdicional, em termos de direitos de ação e de defesa, das pessoas domiciliadas em comarcas que não fossem sede de vara federal, nas causas atribuídas à Justiça Federal. MENDES, Aluisio

Assim, a se considerar que algumas matérias relativas às causas de competência da Justiça Federal, como Direito Previdenciário, não constam dos concursos públicos para ingresso na carreira da magistratura estadual, é notória a falta de especialização de juízes estaduais para julgamento de tais demandas. Há, ainda, necessidade de tramitação célere desses feitos – na justiça estadual, a morosidade no julgamento das causas é notória –, especialmente porque têm como autores pessoas idosas e doentes, de camadas sociais de baixo poder aquisitivo, que pleiteiam a concessão de benefícios previdenciários e assistenciais para lhes assegurar, e às suas famílias, o mínimo de dignidade.¹⁷

Surge, assim, a incômoda pergunta que motivou o desenvolvimento da presente pesquisa: é viável, constitucionalmente, a reintrodução do contencioso administrativo no Brasil? Caso isso seja possível, quais matérias seriam de sua competência?

Outra questão que surge é como se garantir que os servidores (especialmente, os julgadores) dos tribunais administrativos (contenciosos administrativos) não sofram pressões políticas para adotarem entendimentos favoráveis à Administração Pública ou demorem mais que os juízes do Poder Judiciário no julgamento dos processos? Como se fiscalizaria a atuação desses órgãos administrativos jurisdicionais?

O objetivo da presente pesquisa é dar respostas a esse conjunto de questões.

Para que esse objetivo seja cumprido, torna-se necessária a compreensão do conceito de contencioso administrativo, sua adequação à

Gonçalves de Castro. *Competência cível da justiça federal*. 2. ed. Rio de Janeiro: Revista dos Tribunais, 2006, p. 135.

¹⁷ Obviamente, a criação de novas varas não é a única solução para as dificuldades de acesso aos juizados especiais federais. Primeiramente, porque parte das barreiras ao acesso está relacionada com a baixa capacidade de resposta desses juizados frente às altas taxas de congestionamento verificadas, problema que pode ser atacado de forma mais eficaz empregando-se, de modo consistente e duradouro, as tecnologias e os instrumentos de gestão disponíveis atualmente. INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA (IPEA). Acesso à justiça federal: dez anos de juizados especiais. *Série Pesquisas do CEJ*, v. 14. Brasília: Conselho da Justiça Federal, Centro de Estudos Judiciários, 2012, 228 p, p. 45. Disponível em: <<http://www.cjf.jus.br/cjf/CEJ-Coedi/pesquisas/serie%20pesquisa%20cej%2014.pdf>>. Acesso em: 18 out. 2013.

ordem jurídica constitucional, notadamente ao devido processo legal e ao acesso à ordem jurídica justa.

Pretende-se, portanto, na presente pesquisa, defender a tese de que o contencioso administrativo previdenciário, com poderes jurisdicionais, é compatível com o sistema jurídico brasileiro.

Ao longo da análise do tema, com o intuito de demonstrar por que o contencioso administrativo obrigatório em primeiro grau pode ser adotado no Brasil, serão examinados os sistemas de jurisdição, o prévio requerimento administrativo como condição da ação nos dois sistemas de jurisdição (uno e dual), os conceitos doutrinários de justiça administrativa e do contencioso administrativo, seu histórico no Direito comparado e no Direito brasileiro, bem como o princípio do acesso à justiça, institutos e princípios correlatos.

Em síntese, conclui-se que a grande vantagem do modelo do contencioso administrativo consiste na apreciação de conflitos de natureza essencialmente administrativa por uma Justiça composta de órgãos julgadores especializados, desvinculados do Poder Judiciário.

Além disso, a justiça administrativa previdenciária, por sua especialização e rito simplificado, seria mais célere e eficiente do que a justiça ordinária.

Outro aspecto a se considerar é que a Administração Pública não deve esperar nenhum tipo de benevolência dos integrantes dos tribunais administrativos; para tanto, deve-se assegurar julgamento imparcial das causas por seus membros.

Nesse ponto, é imprescindível que os integrantes desses tribunais administrativos sejam servidores públicos a ingressarem na carreira por concurso público, os quais, além das garantias dos servidores públicos em geral, como a estabilidade no serviço público e a irredutibilidade dos vencimentos, tenham, ainda, algumas prerrogativas dos membros do Judiciário (magistrados), como a inamovibilidade e a independência funcional.

Se o Judiciário está sujeito a controle interno das corregedorias dos tribunais e externo do Conselho Nacional de Justiça, da mesma forma, os

tribunais administrativos também devem sujeitar-se a controle subsidiário exercido pelo Conselho Nacional de Justiça, uma vez que exercerão função jurisdicional, bem como de corregedorias integrantes dos órgãos administrativos a que vinculados os tribunais administrativos.

Para diminuir o grande número de processos nos quais o Instituto Nacional do Seguro Social é parte, é oportuna a criação do sistema do contencioso administrativo previdenciário *obrigatório*, compatível com o princípio do acesso à justiça ou da inafastabilidade da jurisdição.

O contencioso administrativo previdenciário cuja proposta de criação ora se apresenta traria economia de tempo na solução de litígios aparentemente complexos em razão da matéria (Direito Previdenciário), com a liberação da Justiça Federal para julgar outras causas relativas a matérias de Direito Administrativo.

Sob o ponto de vista metodológico, a abordagem do tema se foca na perspectiva da interpretação liberal do Estado e tem como pano de fundo a concepção de democracia deliberativa de Jürgen Habermas¹⁸, pois a reintrodução do contencioso administrativo previdenciário não é solução pensada somente com base em abordagem liberal do Estado; existem outras possibilidades de interpretação liberal do Estado, quais sejam, a concepção republicana e a procedimental deliberativa, propostas por Habermas. A análise de tais possibilidades, porém, extrapola o objetivo do recorte do trabalho.

Por fim, questões relevantes são as relativas ao fato de o contencioso administrativo ser compatível com a Constituição da República vigente e à definição das matérias que seriam da competência desse contencioso administrativo.

Para tanto, além da introdução, o trabalho foi dividido em cinco capítulos e conclusão. No primeiro capítulo, apresentam-se algumas reflexões sobre a democracia deliberativa de Jürgen Habermas e o contencioso administrativo, e aborda-se a questão da necessidade de prévio requerimento

¹⁸ HABERMAS, Jürgen. *A inclusão do outro - estudos de teoria política*. 3. ed. São Paulo: Loyola, 2007, p. 277.

administrativo da pretensão como condição da ação nos sistemas de jurisdição una e de dualidade de jurisdição. No segundo capítulo, elabora-se o histórico do contencioso administrativo e da justiça administrativa, com apresentação de seus conceitos e histórico no Direito brasileiro e no comparado. No terceiro capítulo, apresentam-se os argumentos a favor da constitucionalidade do contencioso administrativo, além dos entendimentos doutrinários em sentido contrário. No quarto capítulo, esboçam-se linhas gerais do devido processo legal do contencioso administrativo, como seu procedimento e fixação de competência. No quinto e último capítulo, analisa-se o Projeto de Lei n. 5.080/2009, conhecido como projeto de execução fiscal administrativa, que tem como ponto comum com a proposta de reintrodução, no ordenamento jurídico nacional, do contencioso administrativo previdenciário o fato de não se excluir o acesso ao Judiciário, mas tão somente postergar tal acesso para momento específico, qual seja, o do julgamento de embargos opostos pelo contribuinte, na execução fiscal administrativa.

Para realização da dissertação, foram consultadas as principais obras jurídicas nacionais, além de algumas obras estrangeiras, bem como artigos científicos publicados sobre o tema. Também, houve consulta à jurisprudência dos tribunais nacionais e a informações sobre o Judiciário brasileiro no Conselho Nacional de Justiça.

Por fim, reconhece-se que, por mais que o pesquisador se tenha esforçado para, ao longo da pesquisa, responder às questões propostas, a verdadeira contribuição de um trabalho acadêmico como este não é, apenas, sugerir ideias, mas sim possibilitar a reflexão crítica do leitor a respeito da realidade do sistema jurídico atual e de suas falhas.

CAPÍTULO 1

1.1 O CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO NA DEMOCRACIA DELIBERATIVA DE JÜRGEN HABERMAS E O PRÉVIO REQUERIMENTO ADMINISTRATIVO COMO CONDIÇÃO DA AÇÃO NA JUSTIÇA ORDINÁRIA OU ADMINISTRATIVA

1.1.1 O contencioso administrativo e algumas reflexões sobre a democracia deliberativa de Jürgen Habermas

A reintrodução do contencioso administrativo previdenciário no ordenamento jurídico nacional deve ser compreendida como possibilidade de inclusão de milhares de cidadãos que têm seus direitos violados pela Administração Pública e não encontram, no sistema atual, tutela jurídica efetiva, apesar de o acesso à ordem jurídica justa ser preocupação crescente entre os juristas de todo o mundo.

No Estado brasileiro, há hegemonia da perspectiva liberal na atuação da Administração Pública, ou, no mínimo, há tensão de perspectivas na referida atuação. Isso implica reconhecer que o cidadão não é um mero demandador de direitos individuais, ele é fonte da soberania popular.

Entre as várias lições do filósofo Jürgen Habermas¹⁹, em sua obra “A Inclusão do Outro”, uma, em particular, chama a atenção por sua atualidade e pertinência com o tema da dissertação, qual seja, a desenvolvida no capítulo IX da referida obra, no qual ele analisa os três modelos normativos de

¹⁹ Quanto à sua formação acadêmica e classificação como cientista político, merece destaque o esclarecimento de Sérgio Murilo Rodrigues: A preocupação central de Habermas é a questão da emancipação humana pela via racional e, por isso, ele é considerado um autêntico iluminista. Do seu início como pesquisador na *Escola de Frankfurt*, bem como de seus estudos de Marx e Freud, Habermas aprendeu a importante lição de que a reflexão filosófica acerca da emancipação deve estar, sempre, situada em uma práxis social. Não existe reflexão pura, desvinculada de todo contexto social e, portanto, toda emancipação humana há que ser emancipação social. Esta estratégia de pesquisa adotada por Habermas fez com que ele, muitas vezes, fosse classificado como sociólogo ou cientista político. Mas o próprio Habermas se define como um “filósofo de fronteira”, interessado em estabelecer “pontes” entre “territórios separados”. RODRIGUES, Sérgio Murilo. A democracia deliberativa-argumentativa de Jürgen Habermas. *Revista Eletrônica do Curso de Direito – PUC Minas Serro*, Belo Horizonte, n. 5, p. 19-32, mai. 2012, p. 20. ISSN 2176-977X. Disponível em: <<http://periodicos.pucminas.br/index.php/DireitoSerro/article/view/1965/3937>>. Acesso em: 29 out. 2013.

democracia: a concepção liberal, a concepção republicana e a concepção procedimental. Habermas nomeia a sua própria concepção de concepção procedimental de política deliberativa, sob o ponto de vista do “cidadão do Estado” e do “Direito”, segundo a natureza do processo político de formação da vontade.²⁰

Sabe-se que o problema da inclusão do outro existe também em sociedades democráticas, como a brasileira, na qual se adota modelo republicano de governo (artigo 1º da Constituição da República de 1988).

Segundo Habermas, o problema da emancipação social das minorias ocorre quando determinada cultura majoritária, no exercício do poder político, impinge às minorias a sua forma de vida e nega, assim, aos cidadãos de origem cultural diversa a efetiva igualdade de direitos.²¹

É verdade que as regras culturais estabelecidas pela maioria têm carga repressiva, independentemente de serem impostas pela comunidade republicana ou liberal, de modo a garantir, formalmente, a igualdade de direitos para todos. Tal fato, na concepção de Habermas, pode eclodir num conflito cultural movido pela minoria desprezada.²²

Esse conflito pode, também, ser visto na atuação de movimentos sociais em busca de reconhecimento de direitos, com eclosão de confrontos com o Poder Público, nos grandes centros urbanos, como ocorreu nas Cidades do Rio de Janeiro e de São Paulo, no ano de 2013, em que grupos de vândalos oportunistas infiltraram-se nas manifestações democráticas para praticarem crimes contra o patrimônio público e privado.

A respeito da necessidade de uma legislação democrática, comprometida com a concretização dos direitos de todos os cidadãos, Habermas lembra que:

Pois a decisão inicial em favor de uma legislação democrática só pode ser executada pela via da realização daqueles direitos que

²⁰ HABERMAS, Jürgen. *A inclusão do outro - estudos de teoria política*. 3. ed. São Paulo: Loyola, 2007, p. 277.

²¹ HABERMAS, Jürgen. *A inclusão do outro - estudos de teoria política*. 3. ed. São Paulo: Loyola, 2007, p. 170.

²² HABERMAS, Jürgen. *A inclusão do outro - estudos de teoria política*. 3. ed. São Paulo: Loyola, 2007, p. 171.

os participantes devem reconhecer reciprocamente, se quiserem regular legitimamente a sua convivência com os meios do direito positivo. Isso exige, por sua vez, um processo de legiferação que garanta legitimidade e que estabeleça a longo prazo a configuração do sistema das leis. (grifo nosso).²³

Portanto, numa sociedade democrática²⁴, com leque muito amplo de direitos reconhecidos formalmente pela ordem jurídica, o acesso à ordem jurídica justa revela-se fundamental para garantir a concretização de direitos dos cidadãos, sem discriminação das minorias, e para evitar que o ressentimento das minorias seja agravado pela impossibilidade de usufruírem de direitos básicos (como, por exemplo, educação, saúde, benefícios previdenciários e assistenciais), bem como pelo descrédito da atividade jurisdicional, que decorre, sobretudo, da morosidade na tramitação dos processos movidos em face da Administração Pública.

À vista de tal cenário, vislumbra-se, no contencioso administrativo, a possibilidade real de obtenção de julgamentos mais céleres e com mais qualidade, tanto nos processos que tramitam no Judiciário quanto naqueles que passariam à competência dos tribunais administrativos previdenciários.

Dessa maneira, contribuir-se-á para a difícil tarefa de inclusão das minorias numa sociedade democrática e multicultural, para lhes assegurar efetiva igualdade de direitos.

A esse respeito, ressalta Habermas que:

Uma ordem jurídica é legítima quando assegura por igual a autonomia de todos os cidadãos. E os cidadãos só são autônomos quando os destinatários do direito podem ao mesmo tempo entender-se a si mesmos como autores do direito. E tais autores só são livres como participantes de processos legislativos regrados de tal maneira e cumpridos sob tais formas de comunicação que todos possam supor que regras firmadas desse modo mereçam concordância geral e motivada pela razão. Do ponto de vista normativo, não há Estado de Direito sem democracia. (grifo nosso).²⁵

²³ HABERMAS, Jürgen. *A inclusão do outro - estudos de teoria política*. 3. ed. São Paulo: Loyola, 2007, p. 162.

²⁴ É essencial que o processo democrático também se preste como fiança da integração social de uma sociedade que se mostra cada vez mais diferenciada e autonomizada. HABERMAS, Jürgen. *A inclusão do outro - estudos de teoria política*. 3. ed. São Paulo: Loyola, 2007, p. 140.

²⁵ HABERMAS, Jürgen, *A inclusão do outro - estudos de teoria política*. 3. ed. São Paulo: Loyola, 2007, p. 250.

Dessa forma, sem se adentrar nos conceitos de Estado Democrático de Direito e de Democracia, pois a delimitação do tema não o permite, percebe-se o importante papel dos tribunais para que os cidadãos sintam-se autores de direitos garantidos pelo Estado Democrático de Direito, e não meros clientes a reivindicarem seus direitos num balcão.

Ademais, a presente pesquisa está focada na interpretação do papel das instituições do Poder Judiciário e do Poder Executivo, no viés de uma concepção liberal.

Essa visão de Judiciário como um balcão-filtro de reivindicações remete a Habermas, no capítulo IX de sua obra “A Inclusão do Outro”, na qual ele trabalha a concepção republicana, a liberal e a concepção procedimental de política deliberativa, como proposta de Democracia e de Estado.²⁶

Daí a importância do capítulo IX da obra de Habermas (“A Inclusão do Outro”) para mostrar que existem, pelo menos, três interpretações da atuação da Administração Pública e do Judiciário com relação às demandas do contencioso administrativo.

Releva, aqui, registrar que, no decorrer do trabalho, serão ressaltados alguns aspectos da reflexão do que se espera, numa perspectiva liberal do Direito, da Administração Pública e do Judiciário.

A propósito do assunto, Habermas ensina que:

Segundo a concepção liberal, determina-se o status dos cidadãos conforme a medida dos direitos individuais de que eles dispõem em face do Estado e dos demais cidadãos. Como portadores de direitos subjetivos, os cidadãos poderão contar com a defesa do Estado desde que defendam os próprios interesses nos limites impostos pelas leis. **Isso se refere igualmente à defesa contra**

²⁶ Neste capítulo, o filósofo alemão Jürgen Habermas aborda a questão da inclusão no Estado Democrático de Direitos. No pensamento de Habermas, a inserção significa que tal ordem política se mantém aberta para incluir também os marginalizados, sem confiná-los na uniformidade da comunidade homogênea de um povo. Para isso, é significativo o princípio da voluntariedade, onde todos estão dispostos a conviver pacificamente, excluindo as diferenças culturais e, conseqüentemente, a motivação de conflitos. Disponível em: <<http://pt.shvoong.com/law-and-politics/1721153-inser%C3%A7%C3%A3o-inclus%C3%A3o-ou-confinamento-inclus%C3%A3o/>>. Acesso em: 31 out. 2013.

intervenções estatais que excedam ressalva interventiva prevista em lei. Direitos subjetivos são direitos negativos que garantem um espaço de ação alternativo em cujos limites as pessoas do direito se veem livres de coações externas. (grifo nosso).²⁷

Logo, a concepção liberal caracteriza-se pela primazia do indivíduo (e de seus interesses privados) e da “lógica de mercado”.²⁸ De outro lado, a concepção republicana caracteriza-se pela primazia da comunidade (e de seus interesses públicos) e pela “lógica da solidariedade”. Nesse modelo, o indivíduo deixa de ser a referência e no seu lugar entra o conceito de “comunidade ética”.²⁹

Segundo Sérgio Murilo Rodrigues:

Habermas aponta várias limitações dessas duas concepções. **De forma sintética pode-se dizer que na concepção liberal as decisões políticas não precisam ser justificadas racionalmente, basta serem eficientes e satisfazerem aos interesses privados dos grupos majoritários.** O processo eleitoral seria o lugar por excelência para se aferir os grupos majoritários. Assim, a deliberação democrática fica reduzida à escolha de representantes através do voto. E como os sujeitos agentes são motivados pelo seu auto-interesse, isto é, são egoístas e maximizadores da utilidade, a justificação do voto não é feita pelo caminho do discurso argumentativo racional, fica reduzida a considerações estratégicas. Já a concepção republicana elege como principal os valores éticos, que não podem ser objeto de uma discussão racional. As diferenças culturais, desta ordem, não podem ser resolvidas por meio da argumentação. E, neste caso, não há também uma efetiva deliberação racional. (grifo nosso).³⁰

²⁷ HABERMAS, Jürgen. *A inclusão do outro - estudos de teoria política*. 3. ed. São Paulo: Loyola, 2007, p. 279.

²⁸ O Estado, enquanto esfera administrativa capaz de efetivar as decisões públicas, busca satisfazer os interesses privados dos indivíduos visando à máxima eficiência operacional da economia social. RODRIGUES, Sérgio Murilo. A democracia deliberativa-argumentativa de Jürgen Habermas. *Revista Eletrônica do Curso de Direito – PUC Minas Serro*, Belo Horizonte, n. 5, p. 19-32, mai. 2012, p. 25. ISSN 2176-977X. Disponível em: <<http://periodicos.pucminas.br/index.php/DireitoSerro/article/view/1965/3937>>. Acesso em: 29 out. 2013.

²⁹ Os valores éticos da comunidade (não importando se é minoria ou maioria na sociedade) deverão ser os norteadores da deliberação pública. RODRIGUES, Sérgio Murilo. A democracia deliberativa-argumentativa de Jürgen Habermas. *Revista Eletrônica do Curso de Direito – PUC Minas Serro*, Belo Horizonte, n. 5, p. 19-32, mai. 2012, p. 25. ISSN 2176-977X. Disponível em: <<http://periodicos.pucminas.br/index.php/DireitoSerro/article/view/1965/3937>>. Acesso em: 29 out. 2013.

³⁰ RODRIGUES, Sérgio Murilo. *A democracia deliberativa-argumentativa de Jürgen Habermas*. *Revista Eletrônica do Curso de Direito – PUC Minas Serro*, Belo Horizonte, n. 5, p. 19-32, mai. 2012, p. 26. ISSN 2176-977X. Disponível em: <<http://periodicos.pucminas.br/index.php/DireitoSerro/article/view/1965/3937>>. Acesso em: 29 out. 2013.

Percebe-se, portanto, que existem limitações nas concepções liberal e republicana de política deliberativa; para superá-las, Habermas apresenta a concepção procedimental de política deliberativa³¹, na qual são preservadas as vantagens daquelas outras concepções, além de se reconhecer que apenas o direito a voto popular não é suficiente para caracterizar-se uma democracia.

Por meio do Direito, devem-se criar formas de participação popular na esfera pública e no poder administrativo. Esse papel é desempenhado pela democracia deliberativa³², mediante a institucionalização das condições de comunicação e dos procedimentos comunicativos capazes de, simultaneamente, formarem e legitimarem a opinião e a vontade política dos cidadãos.³³

³¹ Quanto à exata compreensão do termo “democracia deliberativa”: A democracia deliberativa afirma a necessidade de justificar as decisões tomadas pelos cidadãos e pelos seus representantes. Espera-se que ambos justifiquem as leis que querem impor uns aos outros. Numa democracia, os líderes devem dar razões que justifiquem as suas decisões e responder às razões que, por sua vez, são apresentadas pelos cidadãos. Mas a deliberação não é necessária para todos os assuntos, nem é necessária em todas as situações. A democracia deliberativa deixa lugar para outros processos de tomada de decisão - incluindo negociações entre grupos e operações secretas ordenadas pelo poder executivo -, desde que tenham eles próprios usado estas formas de justificação num momento qualquer do processo deliberativo. A sua primeira e mais importante característica é, então, o requisito de fornecer razões. GUTMANN, Amy; THOMPSON, Dennis. *Why Deliberative Democracy?* New Jersey: Princeton University Press, 2004, p. 3-7. Traduzido e adaptado por Vítor João Oliveira. Disponível em: <http://www.aartedepensar.com/leit_deliberativa.html>. Acesso em: 2 nov. 2013.

³² Para aprofundar o assunto, recomenda-se a leitura do artigo “Democracia Deliberativa: Esclarecimentos e Mal-Entendidos” de André Coelho, no qual, entre outros pontos, ele esclarece que a democracia deliberativa não se opõe à regra da maioria. Confirma-se: Pode-se pensar que, por causa deste compromisso da democracia deliberativa com o consenso, ela é contrária à regra de maioria e defende que decisões só sejam tomadas quando já se tenha alcançado unanimidade em torno de certa posição. Não é assim. A democracia deliberativa sabe que a argumentação que funciona como aprendizado que leva ao consenso universal é um ideal regulador, e não uma exigência concreta. O que ela exige, em termos concretos, é que a tomada de decisão tenha sido antecedida de um amplo e cuidadoso debate de ideias, em que cada lado tenha feito o maior esforço possível para convencer o outro com base em razões, dando argumentos, usando exemplos, dirimindo dúvidas, desfazendo mal-entendidos, respondendo a dificuldades, rebatendo contraexemplos etc. Se se tiver alcançado um ponto em que se está certo de que todos os lados estão bem informados das razões em favor e em contrário a cada posição em jogo e de que divergências que ainda persistam já são produto de convicções firmes e esclarecidas, nada impede que se aplique a regra majoritária e se verifique qual das alternativas conta com maior adesão. COELHO, André. *Democracia deliberativa: esclarecimentos e mal-entendidos. Filósofo grego (blog)*, 12 jul. 2013. Disponível em: <<http://aquitemfilosofiasim.blogspot.com.br/2013/07/democracia-deliberativa-esclarecimentos.html>>. Acesso em: 2 nov. 2013.

³³ Assim, no modelo habermasiano, as deliberações democráticas referentes às políticas públicas só terão legitimidade se refletirem a vontade coletiva organizada através da

É essa concepção de política deliberativa, mesclada com viés liberal de Estado, de Administração Pública e de Poder Judiciário, que se coloca como pano de fundo no presente trabalho para que os cidadãos legitimem, racionalmente, as regras do jogo democrático, mediante ampla participação destes nos debates políticos necessários para apresentação de proposta de reintrodução do contencioso administrativo no ordenamento jurídico nacional, adaptado à ordem jurídica atual. Contudo, não se deve perder de vista a necessidade da estruturação de canais de participação democrática dos cidadãos no funcionamento desse novo órgão (contencioso administrativo) cuja criação se está propondo.

Registre-se, portanto, que a reintrodução do contencioso administrativo no ordenamento jurídico nacional não é solução pensada somente com base em abordagem liberal do Estado, pois, como visto, existem outras possibilidades de interpretação da atuação estatal, quais sejam, a concepção republicana e a procedimental deliberativa proposta por Habermas, cuja discussão extrapolaria o objetivo do recorte do trabalho.

Nesse contexto, o contencioso administrativo deve ser objeto de amplo debate legislativo com entidades de classe e da sociedade, para que a sua reintrodução no ordenamento jurídico brasileiro seja resultado de procedimento democrático.³⁴

Logo, é fundamental que se garanta a participação do cidadão em todas as fases do processo de reintrodução do contencioso administrativo no ordenamento jurídico nacional, uma vez que ele é o maior interessado no bom

participação política em fóruns públicos de debates racionais. RODRIGUES, Sérgio Murilo. A democracia deliberativa- argumentativa de Jürgen Habermas. *Revista Eletrônica do Curso de Direito – PUC Minas Serro*, Belo Horizonte, n. 5, p. 19-32, mai. 2012, p. 30. ISSN 2176-977X. Disponível em: <<http://periodicos.pucminas.br/index.php/DireitoSerro/article/view/1965/3937>>. Acesso em: 29 out. 2013.

³⁴ Enquanto requisito para a legitimidade, o processo deliberativo enfrenta, contudo, dificuldades de operacionalização, relacionadas aos arranjos institucionais e às condições de inclusão e de condução do processo, ou incertezas quanto aos resultados possíveis. Quanto aos arranjos institucionais, os exemplos encontrados na literatura ainda são escassos e a maioria deles é restrita à determinada situação ou país. É uma área, pois, em que as pesquisas podem avançar, abarcando experiências externas ao Estado ou internas às instituições da administração pública. COSTA, Denise Resende. *Democracia deliberativa: potencialidades e limitações*. Brasília: Universidade de Brasília, Instituto de Ciência Política (Ipol), dez. 2009. Disponível em: <<http://www.arcos.org.br/cursos/politica-e-direito/artigos/democracia-deliberativa-potencialidades-e-limitacoes>>. Acesso em: 2 nov. 2013.

funcionamento dos tribunais. Para tanto, poderiam ser criados conselhos³⁵ (uma forma de fóruns públicos de debates racionais) compostos por membros da sociedade civil, por integrantes do Judiciário e da Administração Pública.

Por fim, com o objetivo de garantir o bom funcionamento dessa nova estrutura, é necessária a existência de órgãos de controle do contencioso administrativo. Isso pode ser feito por meio de auditorias, corregedorias e ouvidorias, setores internos integrantes dos tribunais administrativos para fiscalizarem a atuação dos membros de seus órgãos decisórios, independentemente do controle subsidiário a ser exercido, de forma semelhante à que ocorre com o Judiciário, pelo Conselho Nacional de Justiça, uma vez que, em última análise, o contencioso administrativo exerceria função jurisdicional.

1.1.2 O sistema de jurisdição una e de dualidade de jurisdição

Nas civilizações antigas, preponderava, nos conflitos intersubjetivos, o chamado regime da autotutela ou autodefesa cuja característica mais marcante era a falta de um juiz distinto das partes em conflito, com autoridade soberana. Assim, a decisão de uma das partes era imposta à outra, como verdadeira vingança privada.

O Estado trouxe para si o monopólio da jurisdição, ao se comprometer com a aplicação e manutenção da lei e da ordem social. Destarte, surgiu a ideia de se fazer justiça por meio do processo.

A propósito, pode-se conceituar processo como

³⁵ Têm-se exemplos de democracia deliberativa em países como Brasil, Índia e Estados Unidos da América. Belo Horizonte, por exemplo, é uma cidade onde a prefeitura municipal promove o “orçamento participativo”. Uma parte do orçamento público municipal (uma parte ainda muito pequena) é separada para atender as demandas diretamente anunciadas pela população em reuniões previamente marcadas. O Estado (nível municipal) cede uma parte do seu poder deliberativo para a população não organizada formalmente. RODRIGUES, Sérgio Murilo. A democracia deliberativa-argumentativa de Jürgen Habermas. *Revista Eletrônica do Curso de Direito – PUC Minas Serro*, Belo Horizonte, n. 5, p. 19-32, mai. 2012, p. 31. ISSN 2176-977X. Disponível em: <<http://periodicos.pucminas.br/index.php/DireitoSerro/article/view/1965/3937>>. Acesso em: 29 out. 2013.

instrumento por meio do qual os órgãos jurisdicionais atuam para pacificar as pessoas conflitantes, eliminando os conflitos e fazendo cumprir o preceito jurídico pertinente a cada caso que lhes é apresentado em busca de solução.³⁶

Por outro lado, do sentido etimológico extrai-se que o verbete “jurisdição” vem do latim (*jurisdictio*) e significa “dizer o direito”. É de se salientar que a jurisdição pode ser definida como atividade de monopólio do Estado no reconhecimento de direitos, subordinada aos princípios fundamentais do processo, conforme artigo 5º, XXXV, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

É inegável o fato de que ao Poder Judiciário incumbe, de regra, o dever de interpretar a lei geral e abstrata e aplicá-la ao caso concreto e específico.

Para que haja coexistência de poderes estatais interdependentes e equilibrados, é necessário que se assegure o cumprimento das normas constitucionais. Assim, cabe ao Poder Judiciário o controle jurisdicional da constitucionalidade das leis. A sua atividade é algo mais que a administração da justiça pura e simplesmente; o Judiciário é o verdadeiro guardião da Constituição.

Nesse contexto, o Judiciário, atualmente, não desempenha mais o papel desenhado por Montesquieu de “boca que pronuncia as palavras da lei”, mas sim papel de destaque nas sociedades modernas.³⁷

Para Antônio César Bochenek, é nítida a transformação que as funções do Estado vêm sofrendo ao longo do tempo:

A remodelação das funções e poderes estatais visa a uma nova acomodação institucional em par de igualdade e importância entre essas funções. A assunção de um papel político pelo Judiciário é

³⁶ CINTRA, Antônio Carlos de Araújo, GRINOVER, Ada Pellegrini e DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 24. ed. Malheiros, 2008, p. 23.

³⁷ BOCHENEK, Antônio César. *A interação entre tribunais e democracia por meio do acesso aos direitos e à justiça: análise de experiência dos juizados especiais federais cíveis brasileiros*. 2012. 546 p. Tese (Doutoramento em Direito, Justiça e Cidadania no Século XXI). Faculdade de Economia e Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Portugal, 2012. Série Monografias do CEJ, v. 15, jan./abr. 2013. Brasília: Conselho da Justiça Federal, 2013, 563 p., p. 80-81. Disponível em: <<http://www2.cjf.jus.br/ojs2/index.php/mono/article/view/1786/1747>>. Acesso em: 15 jul. 2013.

flagrante e generalizada. Tal fenômeno altera profundamente o paradigma clássico do papel do Judiciário - um poder neutro - substituindo por outro que consagra um papel político ativo.³⁸

Segundo Carvalho Filho³⁹, há pequena variação entre os sistemas de controle da atividade administrativa, mas, basicamente, são duas as espécies de controle de tal atividade: o do contencioso administrativo, também conhecido como sistema da dualidade de jurisdição ou sistema francês; e o da unidade de jurisdição⁴⁰, também chamado de sistema de monopólio de jurisdição ou sistema inglês.

Portanto, os modelos de jurisdição ou sistemas de jurisdição adotados pelos países em que vigora o regime democrático são dois, quais sejam, o inglês, ou de jurisdição una; e o francês, ou de jurisdição mista.

Segundo Diogo de Figueiredo Moreira Neto, não há sistema puro; entretanto, em geral, estão em polos opostos, de um lado, Inglaterra e Estados Unidos da América, em que há predominante competência dos tribunais, e de outro lado, a França, com a jurisdição administrativa.⁴¹

No Brasil, adota-se o sistema de jurisdição una⁴²; excepciona-se dessa regra a Justiça Desportiva, competente para as ações relativas à

³⁸ BOCHENEK, Antônio César. *A interação entre tribunais e democracia por meio do acesso aos direitos e à justiça: análise de experiência dos juizados especiais federais cíveis brasileiros*. 2012. 546 p. Tese (Doutoramento em Direito, Justiça e Cidadania no Século XXI). Faculdade de Economia e Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Portugal, 2012. Série Monografias do CEJ, v. 15, jan./abr. 2013. Brasília: Conselho da Justiça Federal, 2013, 563 p., p. 81. Disponível em: <<http://www2.cjf.jus.br/ojs2/index.php/mono/article/view/1786/1747>>. Acesso em: 15 jul. 2013.

³⁹ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 14. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 807.

⁴⁰ Difere, fundamentalmente, do outro sistema básico de justiça administrativa também originada da mesma teoria, com a interpretação diversa, que entendia ser necessário haver independência das funções do Estado, adotado, entre outros países, pela Inglaterra e Estados Unidos da América, em que o Poder Judiciário conhece e julga as causas em que a Administração é parte, sem a instituição de tribunais especiais para proceder a estes julgamentos. É o tipo anglo-saxão da jurisdição una que vige em alguns países da América Latina, tais como o Brasil, a Argentina e o México. PAULA, Edylcea Tavares Nogueira de. Contencioso administrativo. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, v. 16, n. 62, p. 271-280, abr./jun.1979, p. 273. Disponível em: <<http://www2.senado.gov.br/bdsf/item/id/181131>>. Acesso em: 5 ago. 2013.

⁴¹ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Tribunais administrativos para o controle da legalidade dos atos do poder público na República Federativa do Brasil* (tese de docência). Rio de Janeiro: Borsoi, 1971, p. 28.

⁴² Por outro lado, a opção pelo sistema de jurisdição una é encontrada em grande número de Estados da América do Sul, nos quais a influência norte-americana é nítida e

disciplina e às competições esportivas, em que se deve, previamente à provocação judicial, exaurir a via administrativa na tentativa de pacificação dos conflitos nessa matéria, conforme dispõe o artigo 217, § 1º, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.⁴³

Convém frisar que a atual Constituição da República de 1988 faz menção a outras exceções, entre as quais se podem citar o julgamento de *impeachment* do Presidente da República, a cargo do Poder Legislativo, e a jurisdição privada ou arbitragem.

Nesse sentido, no sistema de jurisdição una, o Poder Judiciário exerce, em regra, a função jurisdicional. No entanto, pode-se afirmar, também, que a função jurisdicional não é sempre exercida só pelo Poder Judiciário, pois há exceções previstas na própria Constituição da República, em que a atividade de “dizer o direito” é desempenhada por órgãos que não integram a estrutura do Judiciário.⁴⁴

Merecem destaque as lições de Eduardo Lobo Botelho Gualazzi, para o qual a

jurisdição administrativa nasceu de um princípio, interpretado à luz da tradição. O princípio da separação de poderes, aplicado às relações entre o Judicial e o Executivo: para salvaguardar a liberdade dos cidadãos, “o poder de julgar” deve, segundo Montesquieu, ser separado do “poder executante”.⁴⁵

Portanto, por força desse princípio, não seriam atribuídas ao Judiciário as causas atinentes à Administração Pública. Ressalte-se que essa concepção se deu, sobretudo, por conta do temor que os revolucionários

incontestável: a estrutura federal, o controle de constitucionalidade das leis, a separação rígida dos poderes, o controle da Administração pelo Poder Judiciário, no tocante à proteção a lesões de direitos individuais. O Chile, o Brasil e o México são exemplos mais frisantes de adoção do sistema de jurisdição una - *una lex, una jurisdictio* -, que, nesses países, sobretudo no Brasil, produziu os melhores resultados possíveis. GUALAZZI, Eduardo Lobo Botelho. *Justiça administrativa*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1986, p. 123-124.

⁴³ TAVARES, André Ramos. *Curso de direito constitucional*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 931.

⁴⁴ Como no *impeachment*, realizado pelo Poder Legislativo, há decisões administrativas sujeitas à preclusão, na arbitragem. TAVARES, André Ramos, *Curso de direito constitucional*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 586.

⁴⁵ GUALAZZI, Eduardo Lobo Botelho. *Justiça administrativa*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1986, p. 27.

franceses tinham de que o Judiciário adotasse a mesma conduta de ingerência e oposição dos parlamentares.

Celso Bastos apresenta excelente análise das razões de ordem histórica da desconfiança dos revolucionários franceses em relação ao Judiciário:

Esta cautela, ou até mesmo prevenção contra o Poder Judiciário, encontrava raízes profundas no passado histórico da França no qual eram os parlamentares que exerciam, na verdade, função jurisdicional, cumprindo, contudo, um papel historicamente retrógrado e anti-burguês, que veio a justificar a manifesta prevenção com que foi havido depois da vitória da Revolução.⁴⁶

Essa concepção do princípio da separação de poderes estatais⁴⁷ traduzia visão política herdada da experiência do Velho Regime, no qual havia desconfiança em relação ao Poder Judiciário. Em síntese, o princípio da separação de poderes estatais, de forma absoluta, decorre de razões de ordem histórica ligadas aos antecedentes da vida político-institucional da França.

Destarte, os franceses pós-revolucionários deram alcance mais amplo à teoria da separação de poderes estatais, com o entendimento de que a solução dos litígios nos quais a Administração Pública fosse parte não poderia ser atribuída ao Poder Judiciário, sob o risco de se estabelecer subordinação de um poder estatal ao outro.

Nesse contexto histórico de ingerência do Parlamento nas atividades da Administração Pública e de ameaça da independência do Judiciário pelas intromissões do Parlamento, na França se positivou, em 1790 e 1791, o princípio da separação *rígida* dos poderes estatais.

⁴⁶ BASTOS, Celso. *Contencioso administrativo*. São Paulo: Resenha Universitária, 1979, p. 21.

⁴⁷ Na realidade, a partir do princípio de que o poder de soberania, do qual nenhum Estado abre mão, é substancialmente uno e indivisível, não se pode, em verdade, falar em separação de poderes, mas somente em separação de funções, exercidas por cada órgão (Legislativo, Executivo e Judiciário) dentro das esferas de suas atribuições. Assim, os atos do Estado se manifestam por intermédio dos órgãos indicados, ditos governamentais. BORGES, Marcos Afonso. Meios de invadir o ato administrativo no Brasil. *Revista da Faculdade de Direito da UFG*, Goiás, v. 7, n. 1-2, p. 53-64, jan./dez. 1983, p. 61. Disponível em: <<http://revistas.ufg.br/index.php/revfd/article/view/11423/7505>>. Acesso em: 15 jun. 2013.

A propósito, na França, havia separação absoluta entre autoridades administrativas e o Judiciário:

Lei de 16-24 de agosto de 1790, cujo Título II, art. 13, estipulou que as funções judiciárias são distintas e permanecem sempre separadas das funções administrativas. Os juízes não poderão, sob pena de prevaricação, perturbar, de modo algum, as operações dos corpos administrativos, nem citar perante si os administradores em razão de suas funções.⁴⁸

Cumprе ressaltar, ademais, que esse argumento histórico atualmente foi substituído pela justificativa técnica da existência de duas ordens de jurisdição especializadas na aplicação de direitos concernentes a matérias diversas.

Impõe-se abrir aqui um parêntese para registrar que, embora não mais existam as razões que fizeram surgir o contencioso administrativo na França após a Revolução Francesa de 1789, esse sistema ainda existe em vários países da Europa. Logo, deve-se refletir por qual motivo isso ocorre. A resposta é apresentada por Celso Bastos, para quem tal motivo é a

procura de uma maior eficiência e de uma melhor qualidade na distribuição da justiça administrativa. Almeja-se, no fundo, um desafogo do Poder Judiciário ou, ao menos, da sua jurisdição comum.⁴⁹

Por conseguinte, na França existe um Poder Judiciário dividido em justiça comum e justiça administrativa, esta última com competência para o contencioso administrativo.⁵⁰ A justiça administrativa é independente em

⁴⁸ GUALAZZI, Eduardo Lobo Botelho. *Justiça administrativa*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1986, p. 30.

⁴⁹ BASTOS, Celso. *Contencioso administrativo*. São Paulo: Resenha Universitária, 1979, p. 12.

⁵⁰ Na França, embora não deixe de se fazer presente o Estado de Direito, a divisão de funções à qual ali se procedeu desvia boa parcela das funções que normalmente são desempenhadas pelo Poder Judiciário para o denominado “contencioso administrativo”. De qualquer sorte, isso significa que há um órgão – embora nem sempre representado pelo Judiciário – que procede à análise dos casos de lesão ou ameaça a direito. É que o contencioso administrativo não integra, formalmente falando, a estrutura judiciária, embora desempenhe notadamente a função jurisdicional. No Brasil, o contencioso administrativo a que se referia a Constituição de 1967 nunca chegou a ser implementado. TAVARES, André Ramos. *Curso de direito constitucional*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 584.

relação à Administração Pública e à justiça comum; esta não pode rever as decisões daquela justiça especializada.

De outro lado, o sistema de jurisdição única ou sistema judiciário (*judicial control*) teve origem na Inglaterra e, posteriormente, foi adotado nos Estados Unidos da América.⁵¹

Nesse sistema,

não se tolera decisão administrativa insuscetível de recurso para o Judiciário. Como ponto negativo desse modelo pode-se destacar a não especialização das funções próprias do contencioso que ficam, na verdade, diluídas no exercício da jurisdição comum.⁵²

Relevante a observação de Antônio César Bochenek no sentido de que, no sistema norte-americano de *civil law*, embora haja a tendência de se estabelecer a supremacia do Poder Judiciário (ainda que não seja o “governo dos juízes”) em relação aos demais poderes estatais, no campo do controle jurisdicional difuso das leis, a atuação do Judiciário representa ato de desconfiança dos juízes.⁵³

Vicente Greco Filho, em comentário ao sistema de jurisdição brasileiro, afirmou que:

No Brasil, adotou-se o sistema chamado anglo-saxão ou da jurisdição única, no qual o Poder Judiciário pode examinar os atos administrativos quanto à sua legalidade. Por outro lado, as decisões da administração podem sempre ser revistas, não tendo, jamais, a força da definitividade. Qualquer lesão ao direito individual,

⁵¹ O primeiro país a adotar a doutrina de Montesquieu foram os Estados Unidos da América, mediante a sua inclusão na Constituição da Virgínia, em 1776, seguida pelas Constituições de Massachussets, Maryland, New Hampshire e pela própria Constituição Federal de 1787. BORGES, Marcos Afonso. Meios de invadir o ato administrativo no Brasil. *Revista da Faculdade de Direito da UFG, Goiás*, v. 7, n. 1-2, p. 53-64, jan./dez. 1983, p. 61. Disponível em: <<http://revistas.ufg.br/index.php/revfd/article/view/11423/7505>>. Acesso em: 15 jun. 2013.

⁵² BASTOS, Celso. *Contencioso administrativo*. São Paulo: Resenha Universitária, 1979, p. 10.

⁵³ BOCHENEK, Antônio César. *A interação entre tribunais e democracia por meio do acesso aos direitos e à justiça: análise de experiência dos juizados especiais federais cíveis brasileiros*. 2012. 546 p. Tese (Doutoramento em Direito, Justiça e Cidadania no Século XXI). Faculdade de Economia e Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Portugal, 2012. Série Monografias do CEJ, v. 15, jan./abr. 2013. Brasília: Conselho da Justiça Federal, 2013, 563 p., p. 66. Disponível em: <<http://www2.cjf.jus.br/ojs2/index.php/mono/article/view/1786/1747>>. Acesso em: 15 jul. 2013.

mesmo a causada pela administração pública, pode ser submetida à apreciação do Poder Judiciário. Todavia, não pode o poder jurisdicional apreciar a conveniência e oportunidade (o mérito do ato administrativo), aspecto cujo exame é privativo da própria administração.⁵⁴

Conforme já se observou, esse modelo de jurisdição (una) surgiu como reação popular contra a concentração de poderes nas mãos do Rei, pelo desligamento dos juízes do poder real.

Segundo esse sistema de jurisdição (una), todos os litígios são resolvidos pelo Poder Judiciário. Além dos Estados Unidos da América, México, Romênia, Brasil e outros países o adotam.⁵⁵

Alguns países, inicialmente, recusaram a criação de um regime jurídico exorbitante próprio da Administração Pública e do sistema do contencioso administrativo. Houve resistência inicial da Inglaterra e dos Estados Unidos da América em reconhecer a existência do direito administrativo.

O *Common Law* significa exatamente a existência de um regime comum ou único para o Poder Público e os particulares, sujeitando-os às mesmas normas e aos mesmos juízes, embora contemple algumas imunidades ao poder político, como a famosa irresponsabilidade civil do Estado – *the king can do no wrong* – só superada na metade do século XX.

No resto do ocidente, inclusive o Brasil, houve influências dos dois sistemas. O Estado se submete à jurisdição única do Poder Judiciário, mas o Legislativo gentilmente aprova normas específicas para a Administração Pública, derogando as comuns dirigidas à população em geral.⁵⁶

Eduardo Lobo Botelho Gualazzi, em sua obra *Justiça Administrativa*, defendeu a incompatibilidade da adoção simultânea dos

⁵⁴ GRECO FILHO, Vicente. *Direito processual civil brasileiro*. v. 1, 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 39.

⁵⁵ Da Inglaterra, à qual se deve a criação do sistema de jurisdição una, o instituto irradiou-se, *ab initio*, para o continente norte-americano (Estados Unidos da América e Canadá), levado a bordo do *Mayflower* pelos peregrinos, passando a integrar em definitivo, em momento posterior, o sistema jurídico dos Estados Unidos da América, onde até hoje se encontra intacto. GUALAZZI, Eduardo Lobo Botelho. *Justiça administrativa*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1986, p. 122.

⁵⁶ GRANDE JÚNIOR, Cláudio. O controle interno de constitucionalidade exercido pelas procuradorias-gerais dos Estados e do Distrito Federal. *Revista de Doutrina da 4ª Região*, Porto Alegre, n. 11, maio 2006. Disponível em: <http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao011/claudio_junior.htm>. Acesso em: 15 jun. 2013.

modelos do sistema de jurisdição una com o do contencioso administrativo. Argumentou o autor, em síntese, que esses dois modelos são excludentes.⁵⁷

Apesar de não se poder negar a importância e profundidade de sua obra cujo tema permanece atual, não se pode concordar com sua conclusão. Primeiro, porque não se verifica a alegada incompatibilidade dos sistemas de jurisdição. Segundo, porque os dois sistemas de jurisdição podem, sim, conviver harmoniosamente, desde que o Poder Judiciário sempre possa confirmar ou reformar a decisão administrativa por meio de recurso da parte insatisfeita.

No Brasil, adota-se o modelo da jurisdição una desde o período republicano, por influência de Rui Barbosa que se inspirou na Carta norte-americana para redigir o projeto que resultou na Constituição republicana brasileira de 1891.⁵⁸

Ricardo Perlingeiro Mendes da Silva, com razão, afirma:

Esse sistema de “jurisdição una”, hoje ainda predominante, contém certo nível de especialização em direito público, como ocorre nas “Varas de Fazenda Pública” no primeiro grau de jurisdição, e as “Turmas” ou “Câmaras”, nas cortes de apelação. **No âmbito da Justiça Federal de 1º e 2º graus, que compreende uma jurisdição administrativa, incidindo sobre a Administração Pública Federal, pode-se dizer que o modelo se assemelha ao espanhol e suíço**, sujeitando-se a uma corte suprema comum, que também opera o direito privado: o Superior Tribunal de Justiça/STJ. **Na justiça eleitoral, ao revés, tem-se um modelo rigorosamente igual ao alemão e português**, com uma jurisdição administrativa autônoma e, no seu ápice, uma corte suprema específica: o Tribunal Superior Eleitoral/TSE. (grifo nosso).⁵⁹

⁵⁷ GUALAZZI, Eduardo Lobo Botelho. *Justiça administrativa*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1986.

⁵⁸ Na verdade, este dispositivo da Constituição de 1891 concentrava o conhecimento de todos os litígios administrativos na Justiça Federal, especialização formal e material do Poder Judiciário do Brasil, em sistema de unidade de jurisdição, firmada a competência dos “juízes ou tribunais federais”, *ratione personae*, pela presença da pessoa jurídica pública União na relação processual, bem como *ratione materiae*, pela aplicação do Direito Administrativo e do Direito Constitucional nas “causas” expressamente referidas. GUALAZZI, Eduardo Lobo Botelho, *Justiça administrativa*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1986, p. 141-142.

⁵⁹ SILVA, Ricardo Perlingeiro Mendes da. A justiça administrativa brasileira comparada. *Revista CEJ*, Brasília, Ano XVI, n. 57, p. 6-18, maio/ago. 2012, p. 8. Disponível em: <<http://www2.cjf.jus.br/ojs2/index.php/revcej/article/viewFile/1646/1593>>. Acesso em: 15 ago. 2013.

Na época do Regime Militar, iniciado em 1964, tentou-se, com a Emenda Constitucional n. 7, de 1977, à Constituição Federal de 1967 (Emenda Constitucional n. 1, de 1969), sem sucesso, introduzir no ordenamento jurídico brasileiro o contencioso administrativo.

Em síntese, conclui-se que a grande vantagem do modelo do contencioso administrativo consiste na apreciação de conflitos de natureza essencialmente administrativa por uma justiça composta de órgãos julgadores especializados.

Logo, o contencioso administrativo traria economia de tempo na solução de litígios aparentemente complexos em razão da matéria, com a liberação da justiça ordinária para julgamento de outras causas mais complexas de Direito Administrativo.

Porém, a doutrina em sentido contrário argumenta que fica mitigada em favor dos litigantes privados a garantia da imparcialidade do juiz, a se considerar que “na justiça administrativa o Poder Público, em tese, é parte e juiz do conflito”.⁶⁰

Por outro lado, no sistema de jurisdição una, em tese, há imparcialidade do Estado-Juiz em litígios administrativos, uma vez que o Estado-Administração e o administrado estão na mesma condição perante o Poder Judiciário.

1.1.3 O prévio requerimento administrativo como condição da ação na justiça ordinária ou administrativa

Quer se adote o sistema de unidade de jurisdição, quer o de dualidade de jurisdição, para que o cidadão proponha ação perante o Judiciário ou perante tribunal administrativo, faz-se necessário o prévio requerimento administrativo da pretensão, de modo a se caracterizar o

⁶⁰ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 14. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 808.

interesse de agir – uma das condições da ação –, que se consubstancia na necessidade e utilidade da tutela jurisdicional.⁶¹

Releva ressaltar, desde logo, que o prévio requerimento administrativo da pretensão, anterior ao ajuizamento da ação, não se confunde com o prévio exaurimento da via administrativa, que pode não ocorrer, seja pelo desinteresse da parte, seja pela excessiva morosidade da Administração na conclusão do processo administrativo.

Conforme bem ressaltou o Desembargador Federal Aluisio Gonçalves de Castro Mendes, o exaurimento da via administrativa, salvo no caso da Justiça Desportiva, por força do artigo 217, §§ 1º e 2º, da Constituição da República de 1988, não pode ser mais exigido para o exercício do direito de ação.⁶²

Se, por um lado, hodiernamente, não é possível exigir-se o exaurimento da via administrativa para ingresso em juízo, por outro lado, a parte tem que “formular requerimento prévio junto [sic] à Administração Pública, na medida que [sic] a pretensão administrativa precisa ser apreciada e negada para que se configure a lide”⁶³.

Portanto, deve-se, quando ajuizada a ação, analisar a presença das condições da ação, entre elas, o interesse de agir. A orientação jurisprudencial dos diversos órgãos judicantes tem sido nesse sentido:

PREVIDENCIÁRIO. AGRAVO INTERNO. AVERBAÇÃO DE TEMPO DE SERVIÇO. AUSÊNCIA DE REQUERIMENTO ADMINISTRATIVO. FALTA DE INTERESSE DE AGIR. RECURSO DESPROVIDO.

I – A agravante não requereu administrativamente ao INSS a revisão da renda mensal inicial de seu benefício previdenciário, na forma pretendida no presente feito. Por conseguinte, inexistente qualquer manifestação da autarquia previdenciária que caracterize contrariedade à pretensão autoral. Não há, portanto,

⁶¹ NERY JÚNIOR, Nelson. NERY, Rosa Maria Andrade. *Código de processo civil comentado*. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 376.

⁶² MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. Breves considerações em torno da questão da inafastabilidade da prestação jurisdicional. *Revista da Seção Judiciária do Rio de Janeiro*, Rio de Janeiro, n. 19, p. 61-73, 2007, p. 63. Disponível em: <<http://www.ajuferjes.org.br/PDF/006Inafastabilidade.pdf>>. Acesso em: 15 ago. 2013.

⁶³ MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. Breves considerações em torno da questão da inafastabilidade da prestação jurisdicional. *Revista da Seção Judiciária do Rio de Janeiro*, Rio de Janeiro, n. 19, p. 61-73, 2007, p. 63. Disponível em: <<http://www.ajuferjes.org.br/PDF/006Inafastabilidade.pdf>>. Acesso em: 15 ago. 2013.

lide, entendida como o conflito de interesses qualificado por uma pretensão resistida.

II – Assim sendo, carece a autora de uma das condições para o legítimo exercício do direito de ação, qual seja: o interesse de agir, caracterizado pela necessidade e utilidade do provimento jurisdicional.

III – O fato de a atual Constituição Federal não exigir o exaurimento da via administrativa para o ingresso em Juízo – salvo no caso da Justiça Desportiva, por força do art. 217, § 1º – não significa o desaparecimento puro e simples da necessidade de se formular prévio requerimento junto à Administração Pública, na medida em que a pretensão administrativa precisa ser apreciada e negada para que se configure a lide. Do contrário, não haverá interesse de agir. Neste sentido já decidiu o Supremo Tribunal Federal, ao considerar que não ofendeu o princípio da inafastabilidade da prestação jurisdicional a sentença que julgou extinto o processo, sem julgamento do mérito, em ação acidentária que não foi precedida da devida comunicação e requerimento junto ao INSS (STF, AI-AgR n. 12.739/RJ, Segunda Turma, Rel. Min. Carlos Velloso, DJ de 18/12/1992).

IV – Agravo interno desprovido. (grifo nosso).⁶⁴

PREVIDENCIÁRIO. APELAÇÃO CÍVEL. APOSENTADORIA RURAL POR IDADE. AUSÊNCIA DE REQUERIMENTO ADMINISTRATIVO. FALTA DE INTERESSE DE AGIR. EXTINÇÃO DO FEITO SEM JULGAMENTO DE MÉRITO.

1. Nas hipóteses em que não há a postulação administrativa, o que ocorre é que não há a composição de uma lide. Não há pretensão resistida que possa ser deduzida em juízo; o conflito de interesses não foi formado. Assim, não se justifica a instauração de processo judicial.

2. Apesar da alegação de que a contestação caracterizaria a resistência à pretensão autoral, restando configurado o binômio interesse-necessidade, a realidade é que o INSS, em razão de suas dificuldades burocráticas, acaba sempre contestando os feitos, pois não tem tempo de levantar a documentação necessária até o prazo de contestação.

3. Tal entendimento não prejudica qualquer direito constitucional por não impedir um posterior ajuizamento da ação, em caso de denegação do pleito, demora excessiva ou requerimento de documentação incompatível ou desnecessária.

4. Apelação não provida. (grifo nosso).⁶⁵

PREVIDENCIÁRIO. PROCESSUAL CIVIL. BENEFÍCIO DE SALÁRIO-MATERNIDADE. EXTINÇÃO DO PROCESSO SEM RESOLUÇÃO DO MÉRITO. ART. 267, VI, DO CPC. FALTA DE

⁶⁴ BRASIL. Tribunal Regional Federal da 2ª Região. *Apelação Cível n. 448244*. Primeira Turma Especializada, Relator: Desembargador Federal Aluisio Gonçalves de Castro Mendes. Rio de Janeiro, RJ, decisão publicada em Diário da Justiça da União em 18/9/2009, p. 152. Disponível em: <<http://www.jf.jus.br/servicos/magistrado>>. Acesso em: 20 out. 2013.

⁶⁵ BRASIL. Tribunal Regional Federal da 2ª Região. *Apelação Cível n. 455297*. Segunda Turma Especializada, Relatora: Desembargadora Federal Liliane Roriz, Rio de Janeiro, RJ, decisão publicada em Diário Eletrônico da Justiça Federal da 2ª Região em 4/10/2010, p. 103. Disponível em: <<http://www.jf.jus.br/servicos/magistrado>>. Acesso em: 20 out. 2013.

INTERESSE DE AGIR. AUSÊNCIA DE PRÉVIO REQUERIMENTO ADMINISTRATIVO.

1. Em se tratando de benefícios previdenciários, necessário o prévio requerimento administrativo, a fim de gerar o conflito de interesses, legitimando, assim, o ingresso perante o Poder Judiciário, apesar do princípio constitucional da inafastabilidade da tutela jurisdicional.

2. Súmula n. 213 do extinto TFR não dispensa o pedido prévio administrativamente, apenas dispõe que não é condição para propositura de ação o exaurimento da via administrativa, através dos recursos disponíveis.

3. Precedentes desta Corte. Correspondência maior com a realidade social e com o escopo das legislações constitucional, processual e previdenciárias pátrias.

4. Apelação não provida. (grifo nosso).⁶⁶

Não se pode deixar de ressaltar que o entendimento da jurisprudência acima expresso não afronta o artigo 5º, XXXV, da Constituição da República de 1988, visto que não se veda o ajuizamento de ação judicial em caso de indeferimento do requerimento administrativo da pretensão (desnecessidade de exaurimento da instância administrativa) ou em caso de morosidade excessiva do procedimento administrativo.

No mesmo sentido, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, conforme se observa no julgamento do Recurso Especial n. 1.310.042, em que foi relator o Ministro Herman Benjamin:

PREVIDENCIÁRIO. AÇÃO CONCESSÓRIA DE BENEFÍCIO. PROCESSO CIVIL. CONDIÇÕES DA AÇÃO. INTERESSE DE AGIR (ARTS. 3º E 267, VI, DO CPC). PRÉVIO REQUERIMENTO ADMINISTRATIVO. NECESSIDADE, EM REGRA.

1. Trata-se, na origem, de ação, cujo objetivo é a concessão de benefício previdenciário, na qual o segurado postulou sua pretensão diretamente no Poder Judiciário, sem requerer administrativamente o objeto da ação.

2. A presente controvérsia soluciona-se na via infraconstitucional, pois não se trata de análise do princípio da inafastabilidade da jurisdição (art. 5º, XXXV, da CF). Precedentes do STF.

3. O interesse de agir ou processual configura-se com a existência do binômio necessidade-utilidade da pretensão submetida ao Juiz. A necessidade da prestação jurisdicional exige a demonstração de resistência por parte do devedor da obrigação, já que o Poder Judiciário é via destinada à resolução de conflitos.

4. Em regra, não se materializa a resistência do INSS à pretensão de concessão de benefício previdenciário não requerido previamente na esfera administrativa.

⁶⁶ BRASIL. Tribunal Regional Federal da 5ª Região. *Apelação Cível n. 530886*. Terceira Turma, Relator: Desembargador Federal Bruno Leonardo Câmara Carrá, Pernambuco, Recife, decisão publicada em Diário da Justiça Eletrônico em 17/11/2011, p. 709. Disponível em: <<http://www.jf.jus.br/servicos/magistrado>>. Acesso em: 20 out. 2013.

5. O interesse processual do segurado e a utilidade da prestação jurisdicional concretizam-se nas hipóteses de a) recusa de recebimento do requerimento ou b) negativa de concessão do benefício previdenciário, seja pelo concreto indeferimento do pedido, seja pela notória resistência da autarquia à tese jurídica esposada.

6. A aplicação dos critérios acima deve observar a prescindibilidade do exaurimento da via administrativa para ingresso com ação previdenciária, conforme Súmulas 89/STJ e 213/ex-TFR.

7. Recurso Especial não provido.⁶⁷

Longe, porém, de ser pacífico tal entendimento, no próprio Superior Tribunal de Justiça, quando houve o julgamento do Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial n. 152.247, em que foi relator o Ministro Humberto Martins, ele e o Ministro César Asfor Rocha ficaram vencidos, de modo que o acórdão foi lavrado pelo Ministro Herman Benjamin. O entendimento do Ministro Humberto Martins foi o seguinte:

(VOTO VENCIDO) (MINISTRO HUMBERTO MARTINS) Não é possível o conhecimento de recurso especial quando alegada violação ao artigo 5º, XXXV, da Constituição Federal, visto que não cabe ao STJ, em recurso especial, a apreciação de dispositivos constitucionais, sob pena de usurpação da competência do STF, conforme os artigos 102, III, e 105, III, da Constituição Federal. É possível o ajuizamento de ação judicial para fins de concessão de benefício previdenciário, independentemente de prévio requerimento administrativo do benefício perseguido, não se havendo falar em falta de interesse de agir, visto que, segundo o entendimento do STJ, é desnecessário o prévio requerimento administrativo como requisito para que o segurado possa ajuizar ação de natureza previdenciária. (grifo nosso).⁶⁸

Verifica-se que se exige, na verdade, que a parte tenha feito prévio requerimento administrativo da pretensão para, posteriormente, ingressar em juízo com o pleito do direito, em tese, violado pela Administração Pública, incluído o Instituto Nacional do Seguro Social (autarquia federal), visto que a subversão dessa ordem implicaria violação ao princípio da separação dos

⁶⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial 1.310.042*. Segunda Turma, Relator: Ministro Herman Benjamin, Brasília, DF, decisão publicada em Diário da Justiça Eletrônico em 28/5/2012. Disponível em: <<http://www.jf.jus.br/servicos/magistrado>>. Acesso em: 20 out. 2013.

⁶⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial 152.247*. Segunda Turma, Relator: Ministro Humberto Martins. Brasília, DF, decisão publicada no Diário da Justiça Eletrônico em 8/2/2013. Disponível em: <<http://www.jf.jus.br/servicos/magistrado>>. Acesso em: 20 out. 2013.

poderes estatais, na medida em que os juízes estariam exercendo atividade administrativa, em substituição aos agentes da Administração Pública.

Entretanto, o Supremo Tribunal Federal, guardião da Constituição Federal de 1988 (artigo 102, *caput*), firmou o entendimento de ser desnecessário para o ajuizamento de ação previdenciária o prévio requerimento administrativo do benefício no Instituto Nacional do Seguro Social:

EMENTA: AGRADO REGIMENTAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO. DESNECESSIDADE DE REQUERIMENTO ADMINISTRATIVO PRÉVIO DE CONCESSÃO DE BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO PARA O ACESSO AO JUDICIÁRIO. PRECEDENTES.

1. A jurisprudência desta nossa Corte firmou-se no sentido de ser desnecessário para o ajuizamento de ação previdenciária o prévio requerimento administrativo do benefício à autarquia federal. Precedentes.
2. Agravo regimental desprovido.⁶⁹

EMENTA: AGRADO REGIMENTAL. BENEFÍCIO. AÇÃO PREVIDENCIÁRIA. PRÉVIO REQUERIMENTO ADMINISTRATIVO. DESNECESSIDADE.

A decisão agravada está em perfeita harmonia com o entendimento firmado por ambas as Turmas deste Tribunal, no sentido de afastar a exigibilidade de prévio requerimento administrativo como condição para o acesso ao Judiciário. Agravo regimental a que se nega provimento.⁷⁰

Longe, todavia, de se considerar encerrada a discussão relativa a ser o prévio requerimento administrativo condição para o acesso ao Judiciário, o Supremo Tribunal Federal reconheceu, em dezembro de 2010, a repercussão geral da questão constitucional suscitada no Recurso Extraordinário n. 631.240, de modo a se firmar entendimento aplicável a todos os órgãos do

⁶⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Agravo Regimental no Recurso Extraordinário n. 549.055*. Segunda Turma. Relator: Ministro Ayres Britto, Brasília, DF, decisão publicada em Diário da Justiça Eletrônico em 10/12/2010. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28previo+e+requerimento+e+benef%EDcio+e+acesso+e+judici%Elrio%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/nlxs8f5>>. Acesso em: 20 out. 2013.

⁷⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Agravo Regimental no Recurso Extraordinário n. 545.214*. Segunda Turma. Relator: Ministro Joaquim Barbosa, Brasília, DF, decisão publicada em Diário da Justiça Eletrônico em 26/3/2010. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28previo+e+requerimento+e+benef%EDcio+e+acesso+e+judici%Elrio%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/nlxs8f5>>. Acesso em: 20 out. 2013.

Judiciário do País, com base na decisão definitiva da matéria constitucional pelo Supremo Tribunal Federal:

PRÉVIO REQUERIMENTO ADMINISTRATIVO COMO CONDIÇÃO PARA O ACESSO AO JUDICIÁRIO

O Senhor Ministro Joaquim Barbosa (Relator): Trata-se de recurso extraordinário (art. 102, III, *a*, da Constituição) interposto pelo Instituto Nacional do Seguro Social - INSS de acórdão prolatado pelo Tribunal Regional Federal da 1ª Região que considerou ser desnecessária a prévia postulação de direito previdenciário perante a administração, como requisito para postulação judicial do mesmo direito.

Há preliminar formal de repercussão geral (Fls. 61).

Sustenta-se, em síntese, violação dos arts. 2º e 5º, XXXV, da Constituição.

Inadmitido na origem, o recurso extraordinário foi autuado nesta Corte em virtude do provimento de agravo de instrumento, com imediata conversão (AI 804.406 - Fls. 110).

É o relatório, para fins de exame de repercussão geral da matéria versada.

Não desconheço a orientação atual da Corte sobre o tema, que também conta com precedentes de minha relatoria (cf., por todos, o RE 545.214-AgR, Segunda Turma, DJe de 26.03.2010).

Não obstante, em material intitulado "Caderno de Memoriais 2009", apresentado pelo procurador geral federal e que certamente é de conhecimento dos eminentes pares, o INSS registra as vantagens do prévio exame da matéria previdenciária pelo órgão especializado, com vistas ao atendimento das pretensões dos administrados, nos seguintes tópicos:

"1) inexistência de prejuízo financeiro para o interessado (muito ao contrário do que ocorre quando alguém recorre a um advogado e ajuíza uma ação);

2) celeridade em todo o procedimento (nos benefícios de salário-maternidade, aposentadoria por tempo de contribuição e por idade a concessão poderá ocorrer em até 30 minutos);

3) os servidores da Autarquia são treinados e especializados nessa matéria" (Pág. 87).

Em síntese, o INSS entende que "a via judiciária acarre[ta] inúmeros ônus a este segurado, tais como: pagamento de honorários advocatícios, custas processuais, tempo de espera maior da concessão judicial do benefício e o pagamento dos valores atrasados, caso devidos" (ibid.).

Reconheço que o direito à postulação jurisdicional é imanente ao nosso sistema constitucional e é extremamente resistente a qualquer tentativa de amesquinamento.

Contudo, sem comprometer-me de pronto com qualquer das teses, admito que a solução da controvérsia poderá ser beneficiada por debate mais amplo e profundo, no seio do Pleno desta Corte. Em especial, é possível que o reconhecimento da repercussão geral da matéria também abra a pluralização do debate, com a participação da sociedade civil e de entidades com conhecimento técnico útil ao deslinde do litígio.

Por oportuno, lembro que o resgate da importância e da responsabilidade dos órgãos estatais pela condução da atividade administrativa, no campo previdenciário e tributário, tem ocupado a pauta da sociedade civil (cf., e.g., notícia veiculada no Diário do Comércio e Indústria de 25.10.2010, de autoria de Sílvia Pimentel, intitulada "Mudança da relação fiscal").

Ante o exposto, e novamente reservando-me o direito ao exame da matéria de fundo no momento oportuno, reconheço a existência de repercussão geral da matéria constitucional (art. 102, § 3º, da Constituição e art. 543-A do Código de Processo Civil).⁷¹

Contudo, apesar da relevância da matéria, a envolver discussão de natureza constitucional, até a presente data não houve o julgamento do recurso extraordinário, de modo a se encerrar, definitivamente, a discussão sobre o tema.

Há, por outro lado, entendimento de que, nos processos em que não houve pedido de benefício previdenciário na esfera administrativa, uma vez apresentada contestação específica pelo Instituto Nacional do Seguro Social, na qual se tenha impugnado o mérito do pedido, estaria caracterizada a resistência à pretensão autoral, de modo a se configurar o interesse processual.

Nesse sentido tem decidido a Turma Nacional de Uniformização de Jurisprudência dos Juizados Especiais Federais:

EMENTA - CONSTITUCIONAL - ACESSO À JUSTIÇA - AUSÊNCIA DE PRÉVIO REQUERIMENTO ADMINISTRATIVO - INTERESSE DE AGIR CARACTERIZADO PELA APRESENTAÇÃO DE CONTESTAÇÃO ESPECÍFICA PELO INSS E POR TRATAR-SE DE PEDIDO DE REVISÃO DE BENEFÍCIO - INCIDENTE DA PARTE AUTORA CONHECIDO E PROVIDO.

1. Ofende a garantia do acesso à justiça a extinção do feito sem resolução de mérito decorrente da ausência de prévio requerimento administrativo quando há contestação específica do réu. Pedido referente à revisão da RMI para computar nos salários de contribuição o valor correspondente a adicional de periculosidade deferido nos autos da Reclamação Trabalhista e reajustar a RMI em épocas específicas com observância do IGP-DI como índice de reajuste.

2. Incidente de uniformização conhecido e para firmar a tese de que ofende a garantia do acesso à justiça a extinção do feito sem resolução de mérito decorrente da ausência de prévio requerimento administrativo quando há contestação específica do réu, anulando o acórdão e a sentença para que outra seja proferida como o julgador entender de direito, afastada a exigência de prévio requerimento administrativo.⁷²

⁷¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário (com repercussão geral) n. 631.240*. Relator: Ministro Roberto Barroso. Brasília, DF, decisão publicada em Diário da Justiça Eletrônico em 14/4/2011. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciaRepercussao/listarProcesso.asp?tipo=AC&n_umeroTema=&txtTituloTema=previo+requerimento+administrativo&acao=acompanhamentoPorTema&botao=>>. Acesso em: 20 out. 2013.

⁷² BRASIL. Turma Nacional de Uniformização de Jurisprudência dos Juizados Especiais Federais. *Pedido de Uniformização de Interpretação de Lei Federal 200563020022909*.

Assim, para verificação do interesse de agir, é necessário que o autor comprove, inicialmente, o requerimento da pretensão perante a Administração Pública, incluído o Instituto Nacional do Seguro Social, mas, nos processos judiciais já instruídos, presume-se a resistência da Administração quando há impugnação ao mérito. Desta forma, considerada a pretensão resistida, não há dúvida da configuração do interesse de agir.

Somente na presença de conflito de interesses a causa deve ser levada ao Judiciário ou ao tribunal administrativo, de sorte que a pretensão resistida, indicativa de lesão ou ameaça a direito, é que autoriza o acesso à jurisdição.

Nesse contexto, também haverá interesse de agir nos casos de indeferimento do requerimento administrativo da pretensão, de parcial acolhimento da pretensão, ou no silêncio da Administração.

A contrario sensu, apresentada a contestação apenas para se arguir a preliminar de falta de interesse de agir, em regra, por ausência de requerimento administrativo da pretensão, deve ser acolhida a preliminar, com a extinção do processo sem resolução do mérito.

Como se vê, em conclusão, pode-se afirmar que a exigência de postulação da pretensão na via administrativa não fere o princípio da inafastabilidade da jurisdição. É, apenas, necessário tal pleito na via administrativa para que se configure o interesse de agir, uma das condições da ação.⁷³

Hodiernamente, conforme já se ressaltou, não há necessidade do esgotamento da via administrativa para a propositura da ação judicial; basta o prévio requerimento administrativo da pretensão para permitir à Administração Pública avaliar a pretensão do administrado.

Relator: Juiz Federal Vladimir Santos Vitovsky, Brasília, DF, decisão publicada em Diário Oficial da União em 8/6/2012. Disponível em: <<http://www.jf.jus.br/servicos/magistrado>>. Acesso em: 20 out. 2013.

⁷³ PAULA, Edylcea Tavares Nogueira de. Contencioso administrativo. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, v. 16, n. 62, p. 271-280, abr./jun.1979, p. 272. Disponível em: <<http://www2.senado.gov.br/bdsf/item/id/181131>>. Acesso em: 5 ago. 2013.

Por essas razões, no ordenamento jurídico atual, não há necessidade de se exaurir, previamente, a via administrativa para que se possa buscar a tutela jurisdicional de direitos subjetivos.

Assim, não se deve perder de vista a perspectiva de que a jurisdição, exercida pelo Poder Judiciário ou pelo Executivo (contencioso administrativo), visa à justa composição de um conflito de interesses, a pressupor a existência de lide, a caracterizar o interesse de agir, uma das condições do exercício regular do direito de ação.

Em conclusão, pode-se afirmar que a exigência de postulação prévia da pretensão na via administrativa não fere o princípio da inafastabilidade da jurisdição. Apenas há necessidade de tal pleito, na via administrativa, para que se configure o interesse de agir, uma das condições da ação, na justiça ordinária ou no contencioso administrativo previdenciário cuja criação se está propondo.

CAPÍTULO 2

2.1. O HISTÓRICO DO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO E DA JUSTIÇA ADMINISTRATIVA NA MODERNIDADE

2.1.1 Considerações preliminares

Inicialmente, releva ressaltar que a expressão “justiça administrativa” não se confunde com a expressão “contencioso administrativo”. Trata-se de expressões distintas, embora inter-relacionadas. Por isso, é importante, desde logo, que se conceituem e delimitem tais expressões, de modo a se evitarem conclusões equivocadas acerca do alcance delas.

A justiça administrativa, destinada ao julgamento de lides de natureza administrativa, pode ser exercida por órgãos do Poder Judiciário, no sistema de jurisdição una, ou por órgãos integrantes do Executivo, com função jurisdicional, no sistema de dualidade de jurisdição. Já o conceito de contencioso administrativo, em síntese, alcança as lides em que a Administração Pública é parte.⁷⁴

Segundo Eduardo Lobo Botelho Gualazzi, a justiça administrativa é

complexo de órgãos do Poder Judiciário (sistema de jurisdição una) ou autônomos, distintos, independentes desse Poder (sistema duplo de jurisdição), destinados, mediante provocação, a dirimir, em matéria administrativa, o conjunto de litígios entre Administração e administrado, choques decorrentes da atividade da Administração, no desempenho dos serviços públicos.⁷⁵

Em outras palavras, a justiça administrativa é parcela da função jurisdicional do Estado e consiste na aplicação contenciosa ou procedimental

⁷⁴ Sobre o conceito de contencioso administrativo, Roger Bonnard apud GUALAZZI, Eduardo Lobo Botelho. *Justiça administrativa*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1986, p. 103: “entende-se, pois, aqui por contencioso administrativo o conjunto de processos suscitados pela atividade administrativa e nos quais as autoridades administrativas estão em causa. A expressão ‘contencioso administrativo’ é assim tomada num *sentido material*” (*Précis de Droit Administratif*, 1935, Paris, Sirey, p. 103).

⁷⁵ GUALAZZI, Eduardo Lobo Botelho. *Justiça administrativa*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1986, p. 25.

do Direito Administrativo, mediante provocação, a litígios oriundos da atividade da Administração Pública.

Nesse contexto, Eduardo Lobo Botelho Gualazzi⁷⁶ apresenta conceito de justiça administrativa analisada sob dois aspectos, quais sejam, o material, substancial ou objetivo, e o formal, orgânico ou subjetivo. Segundo o autor, em sentido formal, a justiça administrativa consiste no aparelhamento público encarregado de aplicar o Direito Administrativo aos litígios oriundos da atividade da Administração Pública.

Para outros, o conceito de contencioso administrativo se confunde com o de justiça administrativa:

É o contencioso administrativo um sistema de controle da legalidade dos atos administrativos que tem por objeto julgar os conflitos de interesses entre vários órgãos da Administração Pública ou entre eles e os particulares. Constitui-se, portanto, em um sistema de justiça administrativa, em que a própria Administração institui órgãos próprios para efetivar este julgamento.⁷⁷

Para Diogo de Figueiredo Moreira Neto⁷⁸, a expressão “contencioso administrativo”, em sentido lato ou material, é interpretada como controvérsia a envolver matéria administrativa, e, em sentido restrito ou formal, é entendida como forma de especialização da atividade administrativa, na qual órgãos diferenciados da Administração ativa julgam os litígios administrativos.

Assim, a justiça administrativa, no aspecto material, é o conflito a envolver o Estado (Administração Pública), e a matéria que vai ser apreciada determina se a competência para julgamento da causa será do contencioso administrativo nos países em que há dualidade de jurisdição.

⁷⁶ GUALAZZI, Eduardo Lobo Botelho. *Justiça administrativa*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1986, p. 23-25.

⁷⁷ PAULA, Edylcea Tavares Nogueira de. Contencioso administrativo. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, v. 16, n. 62, p. 271-280, abr./jun.1979, p. 272. Disponível em: <<http://www2.senado.gov.br/bdsf/item/id/181131>>. Acesso em: 5 ago. 2013.

⁷⁸ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Contencioso administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 1977, p. 2-3.

A expressão “contencioso administrativo” sofreu críticas doutrinárias, entre as quais as feitas por Mário Masagão, segundo o qual os termos “contencioso” e “administrativo” se excluía; daí por que somente se considerava administrativa a atividade jurídica do Estado em que não aparecia a função jurisdicional.⁷⁹

Cumprе esclarecer que as ideias de Masagão foram inspiradas na doutrina de José Cretella, o qual, posteriormente, reviu seu entendimento para aderir ao significado universal do termo “contencioso administrativo”, qual seja, “sistema de jurisdição em que funções judicantes são atribuídas a uma Justiça especial, diversa e independente da judiciária comum”.⁸⁰

Por outro lado, relevantes as lições de Eduardo Lobo Botelho Gualazzi⁸¹, ao diferenciar as expressões “contencioso administrativo”, “jurisdição administrativa” e “justiça administrativa”. Para o autor, a primeira “se relaciona com as reclamações ou impugnações de uma pessoa privada contra comportamentos de uma autoridade administrativa”⁸²; a segunda “serve para designar a prestação jurisdicional destinada à solução de um contencioso administrativo”; e a terceira se refere “aos órgãos estatais responsáveis por essa atuação jurisdicional”.

Por fim, releva ressaltar que o contencioso administrativo, no sistema de dualidade de jurisdição, se divide em duas modalidades, quais sejam, o sistema absoluto ou francês e o sistema moderado.⁸³ No sistema moderado, diversamente do modelo absoluto, ocorre a divisão entre atos de

⁷⁹ MASAGÃO, Mário. *Em face da Constituição Federal, não existe, no Brasil, o Contencioso Administrativo*. Seção de obras do Estado de S. Paulo: São Paulo, 1927, p. 18.

⁸⁰ GUALAZZI, Eduardo Lobo Botelho. *Justiça administrativa*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1986, p. 20.

⁸¹ GUALAZZI, Eduardo Lobo Botelho. *Justiça administrativa*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1986, p. 6-8.

⁸² No mesmo sentido: “Entende-se por contencioso administrativo o conjunto de litígios que podem resultar da atividade da Administração”. TROTABAS apud KLANG, Marcio. A atividade jurisdicional no âmbito das funções do Estado. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, ano 79, v. 284, p. 487-488, out./dez. 1983.

⁸³ Cf. CRETELLA JÚNIOR, José. *Direito administrativo comparado*. São Paulo: EDUSP, 1972, p. 192: 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 de 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.

império e de gestão; a competência do Judiciário se restringe ao julgamento dos atos de gestão da Administração Pública.⁸⁴

Em resumo, emprega-se, neste trabalho, a expressão “justiça administrativa” como a parcela da função jurisdicional do Estado na aplicação contenciosa ou procedimental do Direito Administrativo, e a expressão “contencioso administrativo” como sistema de jurisdição em que funções judicantes são atribuídas a uma Justiça especial, diversa e independente da judiciária comum.

2.1.2 O histórico da justiça administrativa

A justiça administrativa, entendida como os órgãos estatais, separados da jurisdição ordinária, responsáveis pelo julgamento do contencioso administrativo, surgiu em 1801, após a Revolução Francesa de 1789, como parte do Estado de Direito, uma forma de governo na qual a lei se situava acima dos homens.⁸⁵

Segundo Norberto Bobbio⁸⁶, a Revolução Francesa foi um evento político extraordinário, pois rompeu o curso histórico, marcou o fim de uma era e o início de outra. Dois acontecimentos marcaram esse rompimento: em 4 de agosto de 1789, a renúncia dos nobres a seus privilégios, com o fim do regime feudal; e em 26 de agosto de 1789, a aprovação da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão.

Após a Revolução Francesa, o surgimento do contencioso administrativo se deu em razão da interpretação do princípio da separação dos poderes estatais. Foi instituída a justiça administrativa, pela primeira vez, pela Lei n. 16, de 24-8-1790⁸⁷, para controle de legalidade dos atos da Administração Pública, que era feito pelo Poder Executivo.

⁸⁴ CRETELLA JÚNIOR, José. *Direito administrativo comparado*. São Paulo: EDUSP, 1972, p. 192.

⁸⁵ ENTERRÍA, Eduardo Garcia. *As transformações da justiça administrativa: da sindicabilidade restrita à plenitude jurisdicional*. Belo Horizonte: Fórum, 2010, p. 6.

⁸⁶ BOBBIO, Norberto. *A Era dos direitos*. Rio de Janeiro: Campus, 1992, p. 113.

⁸⁷ PAULA, Edylcea Tavares Nogueira de. Contencioso administrativo. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, v. 16, n. 62, p. 271-280, abr./jun.1979, p. 272. Disponível em: <<http://www2.senado.gov.br/bdsf/item/id/181131>>. Acesso em: 5 ago. 2013.

Entenderam que, havendo a tripartição dos poderes, estes deveriam ser independentes, sem quaisquer interferências de um no outro, receando que uma ingerência nefasta no Poder Executivo pudesse prejudicar as causas burguesas. Desconfiavam os administradores revolucionários, assim, da justiça ordinária francesa.⁸⁸

O contencioso administrativo francês teve sua criação justificada por circunstâncias históricas, como a não identificação dos magistrados, que vinham do antigo regime absolutista, com as causas da Revolução Francesa, o que fez com que não se confiasse na imparcialidade e independência dos tribunais judiciais para julgamento das demandas em que figurasse a Administração Pública.⁸⁹

Nesse passo, a Constituição francesa de 1791 vedava, em seu artigo 3º, que os tribunais adentrassem nas funções administrativas ou mesmo citassem perante si os administradores públicos, por atos funcionais. Não se pode esquecer, conforme ressaltou Francisco de Salles Almeida Mafra Filho⁹⁰, que a Administração Pública francesa, a partir de então, como ainda atualmente, só se subordinava à jurisdição especial do contencioso administrativo e tinha como autoridade máxima o Conselho de Estado.⁹¹

⁸⁸ PAULA, Edylcea Tavares Nogueira de. Contencioso administrativo. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, v. 16, n. 62, p. 271-280, abr./jun.1979, p. 272. Disponível em: <<http://www2.senado.gov.br/bdsf/item/id/181131>>. Acesso em: 5 ago. 2013.

⁸⁹ DANTAS, José Fernandes. O Tribunal Federal de Recursos e o contencioso administrativo. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 80, n. 286, p. 433-457, 1984, p. 433-434.

⁹⁰ MAFRA FILHO, Francisco de Salles Almeida. Sistemas administrativos: sistema do contencioso administrativo e sistema judiciário. *Dataveni@ Revista Jurídica*, Universidade Estadual da Paraíba, Paraíba, ano VIII, n. 79, nov. 2004. Disponível em <<http://www.datavenia.net/artigos/sistemasadministrativosistemadocontencioso.htm>>. Acesso em: 29 jun. 2013.

⁹¹ Segundo Henri Berthélemy apud GUALAZZI, Eduardo Lobo Botelho. *Justiça administrativa*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1986, p. 32: “o primeiro tribunal administrativo do regime moderno é o Conselho de Prefeitura, instituído pela Lei de 28 Pluvioso, Ano VIII, com a competência especial de conhecer, salvo recurso ao Conselho de Estado, certo número de litígios. O Conselho de Estado propriamente dito, instituído pela Constituição de 22 Frimário do Ano VIII, não surgiu inicialmente como uma jurisdição. Ele tomou pouco a pouco o caráter jurisdicional pela criação, em seu seio, aos 11 de junho de 1806, de uma *comissão especial do contencioso*, e sobretudo pela adoção, em 1831, da maioria das formas jurisdicionais para o debate no Conselho dos assuntos contenciosos” (*Traité Élémentaire de Droit Administratif*. 9ª. ed. Paris, 1920, Rousseau & Cie. Éditeur, p. 24-25).

Segundo Jean Rivero⁹², o Conselho de Estado napoleônico era um órgão consultivo, criado para atuar ao lado do Governo, e principal órgão da justiça administrativa. O Conselho de Estado foi sucessor do Conselho do Rei.

É interessante notar que o Conselho de Estado surgiu, com seu formato moderno, na França, no ano de 1799, inserido no projeto de construção de um Estado Administrativo, marcado pela ideia de uma administração centralizada, racional e uniforme.⁹³

No que concerne à autoridade do Conselho de Estado francês, nesse sentido se manifesta a doutrina:

No sistema francês todos os tribunais administrativos se sujeitam direta ou indiretamente ao controle do Conselho de Estado, que funciona como Juízo de apelação, como Juízo de cassação e, excepcionalmente, como juízo originário e único de determinados litígios administrativos, e dispõe de plena jurisdição em matéria administrativa, que existe paralelamente à “jurisdição judiciária”. Isto é, dos tribunais grupados sob a autoridade da Corte de Cassação. (grifo nosso).⁹⁴

Manifesto engano pensar-se que a Revolução Francesa foi responsável pela instauração do princípio da legalidade administrativa, para tornar o Executivo subordinado ao Legislativo, com base na falsa premissa de que o Direito Administrativo foi criado pelo Conselho de Estado francês. Segundo adverte Paulo Otero, o fato de a Administração ter passado a pautar-se por normas diferentes das pessoas privadas não se deu por força da lei; ao contrário, representou intervenção decisória do Executivo, sob proposta do Conselho de Estado.⁹⁵

⁹² RIVERO, Jean. *Direito administrativo*. Almedina: Coimbra, 1981, p. 219.

⁹³ GUANDALINI JÚNIOR, Walter. *Gênese do Direito Administrativo Brasileiro: formação, conteúdo e função da ciência do direito administrativo durante a construção do Estado no Brasil Imperial*. 2011. 240 f. Tese (Doutorado em Direito). Faculdade de Direito (Setor de Ciências Jurídicas). Universidade Federal do Paraná, Curitiba, Paraná, 2011, p. 138. Disponível em: <<http://dspace.c3sl.ufpr.br/dspace/bitstream/handle/1884/26463/Tese%20FINAL.pdf?sequence=1>>. Acesso em: 20 out. 2013.

⁹⁴ KLANG, Marcio. A atividade jurisdicional no âmbito das funções do Estado. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, ano 79, v. 284, p. 487-488, out./dez. 1983.

⁹⁵ BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do direito administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 12.

Frise-se que o sistema da dualidade de jurisdição ou sistema francês caracteriza-se por admitir, ao lado da justiça do Poder Judiciário, uma justiça administrativa. A justiça administrativa francesa é marcada por autonomia e imparcialidade, conquistadas, sobretudo, a partir da Lei de 24 de maio de 1872, com o rompimento formal da justiça administrativa da Administração Pública.⁹⁶

No entanto, o rompimento material da justiça administrativa da Administração Pública ocorreu com o julgamento do famoso caso *Cadot*, de 13 de dezembro de 1889, no qual o Conselho de Estado francês firmou entendimento no sentido de que toda decisão administrativa poderia ser contestada perante a justiça administrativa, para reafirmar, assim, “sua independência em relação ao Poder Executivo”.⁹⁷

Embora a natureza jurisdicional das decisões do Conselho de Estado tenha sido reconhecida desde pronunciamento ocorrido em 1821, a jurisdição administrativa na França desenvolveu-se lentamente, durante o curso do século XIX; ante a ausência de um código administrativo, desenvolveu-se sólida e completa jurisprudência.⁹⁸

As decisões proferidas pela justiça comum e pela justiça administrativa são acobertadas, na França, pelo manto da coisa julgada (*res iudicata*)⁹⁹, para se afastar a possibilidade de que a causa julgada em uma delas seja reapreciada pela outra.

Não se confunda essa definitividade da coisa julgada propriamente dita com a definitividade da expressão, muito criticada, “coisa julgada administrativa”, que alcança somente a Administração Pública, quando

⁹⁶ Cf. DIREITO, Carlos Gustavo. A autonomia da jurisdição administrativa na França. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 387, p. 469-476, set./out. 2006.

⁹⁷ DIREITO, Carlos Gustavo. A autonomia da jurisdição administrativa na França. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 387, p. 469-476, set./out. 2006, p. 471.

⁹⁸ BARACHO, José Alfredo de Oliveira. Contencioso administrativo. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 80, n. 288, p. 25-46, out./dez. 1984, p. 29-30.

⁹⁹ Ocorre, também, a autoridade da “coisa julgada” para as sentenças administrativas, conforme aceitam a doutrina e a jurisprudência. As controvérsias que surgem são em torno da significação e efeito da autoridade da coisa julgada. Para o publicista alemão, a “justiça administrativa” é a atividade que tende à realização de um ato administrativo, com a admissão dos interessados como partes e com o efeito de que sobre essa decisão possa pesar a autoridade da coisa julgada, no mesmo sentido como ela ocorre no procedimento civil. BARACHO, José Alfredo de Oliveira. Contencioso administrativo. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 80, n. 288, p. 25-46, out./dez. 1984, p. 31.

decide, contenciosamente, determinada questão, em observância aos princípios da segurança jurídica, da lealdade e da boa-fé na esfera administrativa.¹⁰⁰

Precisamente nesse ponto, o sistema francês distingue-se do sistema inglês ou da unidade de jurisdição, visto que, naquele sistema, a função jurisdicional é exercida por estruturas orgânicas independentes: a justiça judiciária e a justiça administrativa.¹⁰¹

Quanto ao ato que põe termo ao processo na justiça administrativa, merecem transcrição as lições de Otto Mayer:

OTTO MAYER, ao colocar em discussão as generalidades da Justiça Administrativa, afirma que a sua noção tem origem na justiça civil. É o órgão que faz parte da organização administrativa, atua como um tribunal e como tal estatui regras em matéria contenciosa civil. Procedendo dentro dessas condições, surge como tribunal administrativo, sendo que o ato que dá fim a sua ação é uma sentença administrativa. A sentença administrativa tem consequências da sentença civil, determina para o caso individual qual é o direito para as partes interessadas.¹⁰²

É oportuno ressaltar, desde logo, que a coisa julgada administrativa, no sistema da unidade de jurisdição, é a “situação jurídica pela qual determinada decisão firmada pela Administração não mais pode ser modificada na via administrativa”.¹⁰³

Portanto, diferentemente do modelo francês, as causas decididas no âmbito administrativo podem, no sistema de jurisdição una, ser apreciadas pelo Poder Judiciário.

Apesar das críticas feitas por parte da doutrina ao contencioso administrativo, sob o principal argumento de suposta parcialidade nos julgamentos, é certo que esse sistema dualista de jurisdição tem-se

¹⁰⁰ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 440-442.

¹⁰¹ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 14. ed. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2005, p. 808.

¹⁰² A obra citada não estava disponível no momento da pesquisa, por isso foi usada outra fonte: BARACHO, José Alfredo de Oliveira. Contencioso administrativo. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 80, n. 288, p. 25-46, out./dez. 1984, p. 28.

¹⁰³ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 14. ed. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2005, p. 774.

desenvolvido desde o século passado, com ampliação das garantias jurídicas dos administrados.¹⁰⁴

Nesse contexto, Eduardo Garcia Enterría¹⁰⁵ ressalta a perfeita sintonia da justiça administrativa com a democracia:

A generalização do sistema de justiça contenciosa administrativa, nos Estados contemporâneos, é explicada pela sua perfeita adequação aos dogmas democráticos do império da lei e da responsabilização pelos atos ilegais.

Por outro lado, merecem destaque as considerações feitas por José Alfredo de Oliveira Baracho, que sintetiza, de forma objetiva, os argumentos favoráveis e contrários à justiça administrativa.

Eis os motivos favoráveis apontados pelo autor:

- a) O Estado pode ser parte em juízo;
- b) A jurisdição jamais quebra o princípio da separação, porque subordina o executivo ao judiciário e estabelece a tirania dos juízes;
- c) O magistrado julga pelas normas do direito estrito e não dá preeminência aos interesses da comunhão sobre os indivíduos;
- d) As formas de solenidade do processo, na justiça comum, entrariam a marcha da administração, que seria lesada pela lentidão do feito mesmo quando obtivesse êxito;
- e) O processo, no contencioso administrativo, é simples, rápido, econômico, pelo que oferece até vantagens aos cidadãos.

A refutar os pontos positivos da justiça administrativa, argumenta o autor que:

- a) O Estado é representado pelo juiz que, em nome dele, obriga a Administração Pública a respeitar o direito;
- b) Decide litígios em que a figura da administração não é administrar, mas julgar, e, por isso, tarefa que pertence ao poder público;
- c) As normas do direito estrito são constituídas para produzir justiça e os interesses da comunhão devem prevalecer sobre os

¹⁰⁴ As razões atuais da permanência desta regra de separação não são mais as de desconfiança das autoridades judiciais, mas pelo reconhecimento de ser indispensável para uma justiça adequada que os juízes tenham conhecimento profundo da Administração, o que não ocorre com os juízes comuns. BARACHO, José Alfredo de Oliveira. Contencioso administrativo. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 80, n. 288, p. 25-46, out./dez. 1984, p. 28.

¹⁰⁵ ENTERRÍA, Eduardo Garcia. *As transformações da justiça administrativa: da sindicabilidade restrita à plenitude jurisdicional*. Belo Horizonte: Fórum, 2010, p. 43.

- interesses individuais e não apenas sobre direitos de quem quer que seja;
- d) As formas e solenidades do processo só existem para segurança dos direitos, não havendo motivo para que a Fazenda Pública fique isenta delas;
- e) Não há litigante que, para obter rapidez e economia, prefira entregar a decisão do feito à parte contrária.¹⁰⁶

Embora existam argumentos desfavoráveis à justiça administrativa, desde que observados os princípios constitucionais, especialmente o do devido processo legal e o da imparcialidade dos juízes¹⁰⁷, são muitas as vantagens de uma justiça administrativa especializada.

Desse modo, hodiernamente, é comum na Europa a existência de tribunais administrativos e fiscais, com corpo de juízes especializados, com sólida preparação. Em Portugal, desde a revisão constitucional de 1989, a jurisdição administrativa é prevista, expressamente, como “complexo de tribunais incumbidos de dirimir os litígios emergentes das relações jurídicas administrativas (artigo 212 da CRP [Constituição da República Portuguesa])”.¹⁰⁸

Como ensina Eduardo Lobo Botelho Gualazzi:

Verifica-se, assim, que a **concepção portuguesa de justiça administrativa**, nitidamente caracterizada pela dualidade jurisdicional, **aproxima-se muito da concepção francesa, embora não tenha Tribunal de Conflitos**. Por outro lado, comprova-se que a Revolução Portuguesa de 1974 não rompeu com a tradição anterior de justiça administrativa; ao contrário, **confirmou-a e aperfeiçoou-a, havendo-a erigido a nível constitucional, por meio da previsão expressa de “tribunais administrativos”**. (grifo nosso).¹⁰⁹

¹⁰⁶ BARACHO, José Alfredo de Oliveira. Contencioso administrativo. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 80, n. 288, p. 25-46, out./dez. 1984, p. 36.

¹⁰⁷ Quanto à imparcialidade dos juízes, John Rawls adverte: Por exemplo, **os juízes devem ser independentes e imparciais, e ninguém pode julgar em causa própria. Os julgamentos devem ser justos e abertos, mas não ser influenciados pelo clamor público**. Os princípios da justiça natural devem assegurar que a ordem jurídica seja imparcial e regularmente mantida. RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 262. (grifo nosso).

¹⁰⁸ AMARAL, Diogo Freitas; ALMEIDA, Mário Aroso de. *Grandes linhas da reforma do contencioso administrativo*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2007, p. 25.

¹⁰⁹ GUALAZZI, Eduardo Lobo Botelho. *Justiça administrativa*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1986, p. 76.

Registre-se, ainda, que a Constituição de Portugal, em seu artigo 280.^o¹¹⁰, ressalva a possibilidade de o Tribunal Constitucional rever as decisões inconstitucionais do Supremo Tribunal Administrativo.¹¹¹

É certo que outros países da Europa seguiram o exemplo da França e instauraram tribunais administrativos, entre os quais se destaca a Alemanha. Relevantes, mais uma vez, as lições de Eduardo Lobo Botelho Gualazzi:

Os primórdios da justiça administrativa alemã, sob o aspecto puramente histórico, são encontrados na Carta Constitucional do Reino de Wurttemberg, de 1819, cujo art. 60 atribui competência a um órgão colegiado – o denominado Conselho Secreto ou Conselho Íntimo (Geheimer Rat), superior ao Ministro – composto também por membros dos Tribunais, para pronunciar-se em suprema instância a respeito de recursos interpostos contra as decisões dos Ministros. (grifo nosso).¹¹²

De fato, o contencioso administrativo na Alemanha se iniciou no século XIX e consolidou-se com a República de Weimar; o modelo alemão é diferente do modelo dual de jurisdição e do modelo de unidade de jurisdição, pois a justiça administrativa naquele país tem autonomia, entretanto, faz parte do Poder Judiciário.¹¹³

Hodiernamente, a Alemanha possui organização judiciária administrativa completa e independente, com tribunais de primeira instância divididos em várias seções; uma segunda instância, com dezesseis tribunais

¹¹⁰ “Artigo 280.º (Fiscalização concreta da constitucionalidade e da legalidade) 1. Cabe recurso para o Tribunal Constitucional das decisões dos tribunais: a) Que recusem a aplicação de qualquer norma com fundamento na sua inconstitucionalidade; b) Que apliquem norma cuja inconstitucionalidade haja sido suscitada durante o processo. (...)”. PORTUGAL. *Constituição da República Portuguesa*. VII Revisão Constitucional, 2005. Disponível em: <<http://www.parlamento.pt/Legislacao/Documents/constpt2005.pdf>>. Acesso em: 12 abr. 2013.

¹¹¹ Entre as principais inovações introduzidas pela reforma do contencioso administrativo tem-se a atribuição primordial ao Supremo Tribunal Administrativo do poder de dirimir conflitos entre os tribunais da jurisdição administrativa e fiscal e julgar recursos de revista e para uniformização de jurisprudência. AMARAL, Diogo Freitas do; ALMEIDA, Mário Aroso de. *Grandes linhas da reforma do contencioso administrativo*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2007, p. 117.

¹¹² GUALAZZI, Eduardo Lobo Botelho. *Justiça administrativa*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1986, p. 60.

¹¹³ VASCONCELOS, Caio Tácito Sá Viana Pereira de. Contencioso administrativo. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 75, n. 267, p. 95-99, 1979, p. 96.

administrativos superiores, e, como órgão de cúpula, o Tribunal Federal Administrativo.¹¹⁴

Sabino Alvares Gendin¹¹⁵ ressalta a independência dos tribunais administrativos alemães:

Constituem os Tribunais Administrativos alemães como um quarto Poder, o judicial administrativo, que julga com inteira independência a Administração e goza das prerrogativas de Poder judicial ordinário. Os Tribunais Administrativos dependem da Presidência do Governo da Federação e do respectivo Lãnder, e não do Ministro da Justiça, em seu caso, como os magistrados e juízes ordinários. (grifo nosso).

A competência da justiça administrativa era outro ponto que diferenciava a extinta Alemanha Ocidental dos demais países com sistema de dualidade de jurisdição, em razão da existência de “cláusula geral” para fixação da competência.¹¹⁶

Além disso, o tribunal administrativo alemão, em verificando a existência de mais de vinte processos judiciais com impugnação do mesmo ato administrativo, elege aqueles que serão os processos-modelo e suspende, por decisão irrecorrível, os demais processos; os processos suspensos somente serão julgados após o trânsito em julgado das decisões nos processos-modelo

¹¹⁴ MORAES, Vânia Cardoso André de. *Demandas repetitivas decorrentes de ações e omissões da administração pública: hipóteses de soluções e a necessidade de um direito processual público fundamentado na Constituição*. 2011. 231 f. Dissertação (Mestrado em Justiça Administrativa). Faculdade de Direito. Universidade Federal Fluminense, Niterói, Rio de Janeiro, 2011. Série Monografias do Centro de Estudos Judiciários, v. 14. Brasília: Conselho da Justiça Federal, 2012, 295 p., p. 112. Disponível em: <<http://www2.cjf.jus.br/ojs2/index.php/mono/article/viewFile/1710/1682>>. Acesso em: 14 ago. 2013.

¹¹⁵ GENDIN, Sabino Alvares. *La Independencia Del Poder Judicial – La Especialización de los Tribunales Contencioso-Administrativos*. Madrid: Instituto de Estudios Políticos, 1965, p. 156, apud GUALAZZI, Eduardo Lobo Botelho. *Justiça administrativa*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1986, p. 66.

¹¹⁶ Trata-se, pois, de modelo que aproveitou e aperfeiçoou o que existe ou existiu de melhor em outros modelos e eliminou o que há ou houve de pior. Ao criar a justiça administrativa atual, o legislador da Alemanha Ocidental parece haver atribuído mais valor à precisão científica e à eficiência operativa do que às próprias tradições germânicas e alienígenas, no tocante à justiça administrativa. Cf. GUALAZZI, Eduardo Lobo Botelho. *Justiça administrativa*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1986, p. 70.

(artigo 93a (1) do *Verwaltungsgerichtsordnung* – Código de Jurisdição Administrativa Alemão ou Lei da Justiça Administrativa Alemã).¹¹⁷

Dos dois sistemas básicos de justiça administrativa, considerada a unidade ou dualidade de jurisdição, quais sejam, o francês e o inglês, surgiram outros modelos diferentes dos sistemas originais.¹¹⁸

Nesse sentido, a doutrina já registrou quatro sistemas de justiça administrativa:

1º) Sistema inglês – do *selfgovernment*: funda-se no princípio segundo o qual quando um cidadão sofre uma injustiça por ato administrativo deve ter um recurso; sistema histórico da indiferenciação que, a rigor, desconhece o problema.

2º) Sistema do contencioso-administrativo; sistema francês – segundo este, todo juízo em que se deva discutir um ato administrativo se reserva a tribunais que são, ao mesmo tempo, corpos da Administração.

3º) Sistema prussiano, pelo qual se mantém a substantividade da jurisdição contenciosa-administrativa, porém organizada com certa independência da administração ativa.

4º) Sistema de jurisdição única, próprio da Suécia, Dinamarca e Grécia – por ele se nega toda jurisdição contenciosa-administrativa especial, remetendo-se ao conhecimento da ordinária as contendas administrativas.¹¹⁹

Para Diogo de Figueiredo Moreira Neto¹²⁰, no terceiro sistema acima, entrega-se o contencioso administrativo, por cláusula geral, a tribunais administrativos que exercem função jurisdicional e, por isso, deveriam ficar situados organicamente no Poder Judiciário, e não no Poder Executivo.

Continua o autor com afirmação de que essa localização assimétrica de órgãos estatais, existente em vários países, também existe no Brasil em

¹¹⁷ MORAES, Vânia Cardoso André de. *Demandas repetitivas decorrentes de ações e omissões da administração pública: hipóteses de soluções e a necessidade de um direito processual público fundamentado na Constituição*. 2011. 231 f. Dissertação (Mestrado em Justiça Administrativa). Faculdade de Direito. Universidade Federal Fluminense, Niterói, Rio de Janeiro, 2011. Série Monografias do Centro de Estudos Judiciários, v. 14. Brasília: Conselho da Justiça Federal, 2012, 295 p., p. 112-115. Disponível em: <<http://www2.cjf.jus.br/ojs2/index.php/mono/article/viewFile/1710/1682>>. Acesso em: 14 ago. 2013.

¹¹⁸ PAULA, Edylcea Tavares Nogueira de. Contencioso administrativo. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, v. 16, n. 62, p. 271-280, abr./jun.1979. Disponível em: <<http://www2.senado.gov.br/bdsf/item/id/181131>>. Acesso em: 5 ago. 2013, p. 273.

¹¹⁹ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Contencioso administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 1977, p. 9.

¹²⁰ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Contencioso administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 1977, p. 10.

relação ao Tribunal de Contas, o qual, embora exerça função jurisdicional, faz parte do Poder Legislativo.

Conforme já se ressaltou, o sistema de jurisdição única ou sistema judiciário (*judicial control*) teve origem na Inglaterra e, posteriormente, foi adotado nos Estados Unidos da América.

Nesse modelo, o Poder Judiciário julga as causas em que a Administração Pública é parte, e as decisões proferidas pelos órgãos colegiados (*Courts, Boards, Commissions*), instituídos para apreciação de determinadas espécies de conflitos administrativos, não são definitivas.¹²¹

Segundo Edylcea Tavares Nogueira de Paula¹²², Bélgica, Grécia e Itália seguem o modelo norte-americano. Nesses países, os tribunais administrativos fazem parte do Poder Judiciário.

Em relação ao continente americano, a evolução da justiça administrativa e seu crescimento no México ocorreram, sobretudo, pela influência do Tribunal Federal Fiscal e do Tribunal do Contencioso Administrativo no Distrito Federal, que inspiraram organismos locais.¹²³

Não se pode deixar de mencionar, aqui, os exemplos do Uruguai e da Colômbia, países que instituíram, em suas Constituições, contenciosos administrativos.

A Constituição da República do Uruguai, de 1967, em seus artigos 307 a 321, trata do contencioso administrativo.¹²⁴ Lá, o Tribunal do Contencioso Administrativo é independente, não vinculado ao Poder Judiciário.

¹²¹ PAULA, Edylcea Tavares Nogueira de. Contencioso administrativo. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, v. 16, n. 62, p. 271-280, abr./jun.1979, p. 273. Disponível em: <<http://www2.senado.gov.br/bdsf/item/id/181131>>. Acesso em: 5 ago. 2013.

¹²² PAULA, Edylcea Tavares Nogueira de. Contencioso administrativo. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, v. 16, n. 62, p. 271-280, abr./jun.1979, p. 273. Disponível em: <<http://www2.senado.gov.br/bdsf/item/id/181131>>. Acesso em: 5 ago. 2013.

¹²³ BARACHO, José Alfredo de Oliveira. Contencioso administrativo. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 80, n. 288, p. 25-46, out./dez. 1984, p. 29.

¹²⁴ URUGUAY. *Constitución de la República Oriental del Uruguay*. Disponível em: <<http://www.parlamento.gub.uy/constituciones/const004.htm>>. Acesso em: 13 nov. 2013.

Há previsão da existência de um Tribunal do Contencioso Administrativo, composto de cinco membros, que devem preencher os mesmos requisitos para ser membro da Suprema Corte de Justiça (artigos 307 e 308 da Constituição da República do Uruguai, de 1967).

Compete ao Tribunal do Contencioso Administrativo, segundo o artigo 309 da Constituição da República do Uruguai, de 1967, conhecer as demandas relativas à nulidade de atos administrativos definitivos.

Por fim, segundo o artigo 319 da Constituição da República do Uruguai, de 1967, só se pode ajuizar ação de nulidade perante o Tribunal do Contencioso Administrativo após se haver esgotado a via administrativa, mediante os recursos correspondentes.

Já na Colômbia, segundo os artigos 236 a 238 da sua Constituição Política, de 1991, há previsão da existência do Conselho de Estado, que funciona como tribunal supremo do contencioso administrativo e tem função consultiva do Governo Nacional, além de julgar ação de nulidade, por inconstitucionalidade, de decretos do Governo Nacional, e de propor projetos de lei e de reforma da Constituição.¹²⁵ Na Colômbia, o Conselho de Estado integra o Poder Judiciário.

2.1.3 O histórico da justiça administrativa no Brasil

A doutrina entende que o conceito de contencioso administrativo, de forma leiga, compreende os recursos hierárquicos e os procedimentos administrativos contenciosos, o que não pode ser considerado errado.

De fato, o contencioso administrativo é a forma de dirimir pendências administrativas, excluídas as atividades de competência das autoridades administrativas incumbidas da administração propriamente dita.¹²⁶

¹²⁵ COLOMBIA. *Constitución Política de Colombia*. Disponível em: <http://www.senado.gov.co/images/stories/Informacion_General/constitucion_politica.pdf>. Acesso em: 13 nov. 2013.

¹²⁶ BASTOS, Celso. *Contencioso administrativo*. São Paulo: Resenha Universitária, 1979, p. 9.

José dos Santos Carvalho Filho¹²⁷ ensina que o contencioso administrativo tem dois sentidos. Um deles é a denominação dada ao sistema da dualidade de jurisdição. O outro significa qualquer tipo de conflito que tramite na via administrativa.

Acerca desse conceito, relevantes as lições de Ricardo Perlingeiro Mendes da Silva:

A expressão “contencioso administrativo” se relaciona com as reclamações ou impugnações de uma pessoa privada contra comportamento de uma “autoridade administrativa”. A expressão “jurisdição administrativa” serve para designar a prestação jurisdicional destinada à solução de um contencioso administrativo, e “justiça administrativa”, aos órgãos estatais responsáveis por essa atuação jurisdicional.¹²⁸

Observa-se, portanto, que, em sentido lato, existe contencioso administrativo mesmo nos países que adotam o sistema de jurisdição una, porque é permitida aos cidadãos a impugnação administrativa de atos da Administração Pública, mediante reclamação ou representação.

Conforme se percebe, o contencioso administrativo, em sentido estrito, pode ser definido como a existência de um órgão judicante autônomo, independente do Poder Judiciário comum e da Administração Pública, com competência para julgamento de lides administrativas.

O contencioso administrativo teve origem no Direito francês, como resultado da rígida concepção da separação dos poderes estatais, segundo a qual o Poder Judiciário não podia intrometer-se nos atos do Executivo.

Nesse ponto, o histórico da justiça administrativa no Brasil observou dois sistemas jurisdicionais: o da dualidade de jurisdição, a consagrar a separação entre autoridades administrativas e autoridades judiciárias, e o da unidade de jurisdição, que conferia ao Judiciário autoridade para exercer

¹²⁷ Cf. BASTOS, Celso. *Contencioso administrativo*. São Paulo: Resenha Universitária, 1979.

¹²⁸ SILVA, Ricardo Perlingeiro Mendes da. A justiça administrativa brasileira comparada. *Revista CEJ*, Brasília, Ano XVI, n. 57, p. 6-18, maio/ago. 2012, p. 7. Disponível em: <<http://www2.cjf.jus.br/ojs2/index.php/revcej/article/viewFile/1646/1593>>. Acesso em: 15 ago. 2013.

jurisdição, com exclusividade, também em matéria de contencioso administrativo.¹²⁹

No Brasil, a jurisdição administrativa é exercida pelos órgãos judiciais com competência para o julgamento das ações nas quais a Fazenda Pública é parte. Nesse aspecto, a Justiça Federal¹³⁰ desempenha papel relevante, com competência constitucional (artigo 109, I, da Constituição da República de 1988) para o julgamento de ações que envolvam direito público.

Ademais, essas ações seguem, em regra, o procedimento previsto no Código de Processo Civil, com suas especificidades, como, por exemplo, os artigos 188 e 730 daquele Código, que regulam os prazos processuais da Fazenda Pública e os embargos à execução quando ela é parte ré.

Conforme ensina Celso Bastos¹³¹, durante o Império existiam órgãos administrativos que decidiam lides com força de coisa julgada. Entre eles estavam o Conselho de Estado, o Tribunal do Tesouro Nacional e o Ministério da Fazenda. Esclarece o autor que, na verdade, não existia um contencioso administrativo propriamente dito, pois a Constituição Imperial não o previa, mas somente a legislação ordinária.

De forma diferente, as lições de José Cretella Júnior, a demonstrar a existência de um contencioso administrativo na época do Império:

inegável a existência do contencioso administrativo na época imperial, bastando, para ter-se notícia do instituto, a consulta às obras clássicas daquele período (HENRIQUE DO REGO BARROS, Apontamentos sobre o Contencioso Administrativo, 1874, e Elementos de Direito Administrativo Brasileiro, 1857, vol. I, p. 207, VEIGA CABRAL, Direito Administrativo Brasileiro, 1859, p.

¹²⁹ A dualidade de jurisdição foi admitida no Estado unitário, monárquico e representativo do Império, ao passo que a unidade de jurisdição surgiu com o regime republicano representativo e a Federação, em 1889. BARACHO, José Alfredo de Oliveira. Contencioso administrativo. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 80, n. 288, p. 25-46, out./dez. 1984, p. 33.

¹³⁰ Nesse sentido, BASTOS, Celso. *Contencioso administrativo*. São Paulo: Resenha Universitária, 1979, p. 16: A primeira Constituição Republicana entregou à Justiça Federal o pleno conhecimento das causas administrativas, instaurando um precedente e abrindo um caminho seguido pelas demais Constituições até o advento da Emenda n. 1, que, no seu art. 111, falou de forma explícita num Contencioso Administrativo, cuja exata significação a doutrina nunca chegou a alcançar.

¹³¹ BASTOS, Celso. *Contencioso administrativo*. São Paulo: Resenha Universitária, 1979.

77; PIMENTA BUENO, *Direito Público Brasileiro*, 1857, 2ª parte, p. 379). (grifo nosso).¹³²

Lenine Nequete¹³³, ao comentar a Lei de 23 de novembro de 1841, que criou o Conselho de Estado, órgão auxiliar do Poder Moderador, após analisar o Regulamento n. 124, de 5 de fevereiro de 1842, artigos 28 e 29¹³⁴, concluiu que o contencioso administrativo foi instaurado no País.

Embora, na fase imperial, a existência do contencioso administrativo tenha sofrido duras críticas, o Conselho de Estado nada tinha de tribunal administrativo, visto que não decidia como órgão judicante; atuava, apenas, como órgão consultivo.¹³⁵

No mesmo sentido, Caio Tácito afirma que o Conselho de Estado não alcançou o estágio de justiça administrativa, mantido, antes, como órgão consultivo e opinativo, sem atribuições jurisdicionais.¹³⁶

Como sustenta Walter Guandalini Júnior, não existe consenso entre os estudiosos do assunto acerca das funções desempenhadas pelo Conselho de Estado no Brasil Imperial.¹³⁷

¹³² CRETELLA JÚNIOR, José. Contencioso administrativo na Constituição de 1969. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 104, p. 31-48, 1971, apud NEQUETE, Lenine. *O poder judiciário no Brasil a partir da independência*. Atualização de Roberto Rosas. Brasília: Supremo Tribunal Federal, 2000. 2 v., p. 109-110.

¹³³ NEQUETE, Lenine. *O poder judiciário no Brasil a partir da independência*. Atualização de Roberto Rosas. Brasília: Supremo Tribunal Federal, 2000. 2 v. p. 73-74.

¹³⁴ Art. 28. Quando o conflito de jurisdição consistir em se julgarem incompetentes tanto a Autoridade Judiciária como Administrativa, a Seção dará o seu parecer, ouvidas ambas. Art. 29. Quando o conflito for entre Autoridades Administrativas, se procederá na forma dos artigos antecedentes no que lhe forem aplicáveis. BRASIL. Câmara dos Deputados. *Regulamento n. 124, de 5 de fevereiro de 1842*. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/Internet/InfDoc/conteudo/colecoes/Legislacao/legimp-28/Legimp-28_36.pdf>. Acesso em: 15 ago. 2013.

¹³⁵ CRUZ, Maria da Penha Almeida. As garantias jurisdicionais dos administrados no direito constitucional norte-americano e brasileiro. *II Congresso Brasileiro de Direito Administrativo*, 1976, 18 p. Rio de Janeiro: Imprensa Oficial, 1976, p. 5.

¹³⁶ VASCONCELOS, Caio Tácito Sá Viana Pereira de. Contencioso administrativo. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 75, n. 267, p. 95-99, 1979, p. 96.

¹³⁷ GUANDALINI JÚNIOR, Walter. *Gênese do Direito Administrativo Brasileiro: formação, conteúdo e função da ciência do direito administrativo durante a construção do Estado no Brasil Imperial*. 2011. 240 f. Tese (Doutorado em Direito). Faculdade de Direito (Setor de Ciências Jurídicas). Universidade Federal do Paraná, Curitiba, Paraná, 2011, p. 127. Disponível em: <<http://dspace.c3sl.ufpr.br/dspace/bitstream/handle/1884/26463/Tese%20FINAL.pdf?sequence=1>>. Acesso em: 20 out. 2013.

Nesse contexto, a diferença entre o Conselho de Estado brasileiro e o francês é mais claramente anunciada no seguinte trecho:

Curiosamente, o Brasil incorpora o Conselho de Estado às suas instituições políticas ainda no período do Reino Unido, no ano de 1822. A incorporação é curiosa porque a instituição parece não se adaptar bem ao espírito da monarquia oitocentista, que, afinal de contas, não compartilhava dos ideais de legalização, racionalização e uniformização por que lutava a burguesia revolucionária francesa. Pelo contrário, o regime de poder vigente durante o início do período imperial se assemelhava sobremaneira às práticas do Ancien Régime, sendo marcado pela existência de um dispositivo de soberania que buscava muito mais a legitimação do poder do Imperador soberano do que a regulação do poder estatal para uma intervenção de polícia disciplinadora da vida social. É o que se infere de uma simples comparação entre os textos da Constituição Brasileira de 1824 e da Carta Constitucional Francesa de 1814, sua principal influência filosófica, política e jurídica: percebe-se que mesmo sendo uma das constituições menos radicais da França pós-revolucionária (afinal, restaurava a monarquia constitucional após a derrocada do regime napoleônico), a Carta de 1814 submetia o poder do monarca à autoridade da lei, enquanto a constituição brasileira reforçava a figura do Imperador como “chave da organização política” e “Chefe Supremo da Nação”, concedendo-lhe o título de que tanto se orgulhava D. Pedro I, de “defensor perpétuo do Brasil”.¹³⁸

Infere-se, claramente, do trecho transcrito que não existiu no Brasil Conselho de Estado nos moldes do que foi criado na França, uma vez que o Imperador era considerado fonte de todo o poder político e administrativo exercido no País. Desse modo, o Conselho de Estado brasileiro era vinculado ao Poder Moderador; portanto, era juridicamente impossível o exercício de função administrativa por parte do Conselho de Estado, que só podia intervir no Executivo para restaurar o equilíbrio entre os poderes.¹³⁹

¹³⁸ GUANDALINI JÚNIOR, Walter. *Gênese do Direito Administrativo Brasileiro: formação, conteúdo e função da ciência do direito administrativo durante a construção do Estado no Brasil Imperial*. 2011. 240 f. Tese (Doutorado em Direito). Faculdade de Direito (Setor de Ciências Jurídicas). Universidade Federal do Paraná, Curitiba, Paraná, 2011, p. 123. Disponível em: <<http://dspace.c3sl.ufpr.br/dspace/bitstream/handle/1884/26463/Tese%20FINAL.pdf?sequence=1>>. Acesso em: 20 out. 2013.

¹³⁹ GUANDALINI JÚNIOR, Walter. *Gênese do Direito Administrativo Brasileiro: formação, conteúdo e função da ciência do direito administrativo durante a construção do Estado no Brasil Imperial*. 2011. 240 f. Tese (Doutorado em Direito). Faculdade de Direito (Setor de Ciências Jurídicas). Universidade Federal do Paraná, Curitiba, Paraná, 2011, p. 165. Disponível em: <<http://dspace.c3sl.ufpr.br/dspace/bitstream/handle/1884/26463/Tese%20FINAL.pdf?sequence=1>>. Acesso em: 20 out. 2013.

Lydia Magalhães Nunes Garner¹⁴⁰ escreveu substancial artigo para demonstrar a existência da justiça administrativa no Brasil do Segundo Reinado (1842-1889), com o argumento, em síntese, de que, apesar de a Lei n. 234, de 1841, ter atribuído ao Conselho de Estado somente função consultiva, a função judicial, criada pelo Regulamento n. 123, de 1842, foi exercida de 1842 a 1889, como demonstram várias citações doutrinárias e julgamentos históricos referenciados ao longo do artigo.

Outro ponto relevante para aqueles que negavam a existência da justiça administrativa nesse período era a previsão do sistema unitário de justiça na Constituição de 1824. Todavia, a autora demonstrou, em sua pesquisa, notadamente com vários registros históricos, a existência da justiça administrativa no Brasil durante o Império.¹⁴¹

Por outro lado, não se pode deixar de concordar com a doutrina de Ricardo Perlingeiro Mendes da Silva¹⁴², quando afirma que o modelo brasileiro de “contencioso administrativo judicial” é, em grande parte, de influência americana, com o denominado “sistema único de jurisdição civil”, o qual, por ocasião do início da República, em 1891, substituiu o modelo dualista de jurisdição francês, então vigente no País.

E completa Ricardo Perlingeiro Mendes da Silva:

¹⁴⁰ GARNER, Lydia Magalhães Nunes. Justiça administrativa no Brasil do Segundo Reinado (1842-1889). *Revista de História da Universidade de São Paulo*, São Paulo, n. 147, p. 159-188, 2002. Disponível em: <<http://www.revistas.usp.br/revhistoria/article/view/18946/21009>>. Acesso em: 17 nov. 2013.

¹⁴¹ A análise da institucionalização da justiça administrativa no Brasil durante o Reinado de Pedro II serve para elucidar várias áreas da história nacional. Uma é como a área da justiça administrativa foi estabelecida e expandida e o modo de sua introdução, que foi através de um Regulamento provisório e não na letra da Lei que reinstalou o Conselho de Estado, dando a entender a muitos estudiosos que a justiça administrativa nunca realmente teve exercício no Brasil. A outra é que a análise das fontes da Seção do Império oferece prova contundente de que tal não era o caso. Não somente o Conselho de Estado nas suas Seções teve atribuições jurisdicionais, como também a jurisdição administrativa teve organização metódica e regular. GARNER, Lydia Magalhães Nunes. Justiça administrativa no Brasil do Segundo Reinado (1842-1889). *Revista de História da Universidade de São Paulo*, São Paulo, n. 147, p. 159-188, 2002, p. 181. Disponível em: <<http://www.revistas.usp.br/revhistoria/article/view/18946/21009>>. Acesso em: 17 nov. 2013.

¹⁴² SILVA, Ricardo Perlingeiro Mendes da. A justiça administrativa brasileira comparada. *Revista CEJ*, Brasília, Ano XVI, n. 57, p. 6-18, maio/ago. 2012, p. 7. Disponível em: <<http://www2.cjf.jus.br/ojs2/index.php/revcej/article/viewFile/1646/1593>>. Acesso em: 15 ago. 2013.

A jurisdição administrativa, propriamente dita, que é substancialmente independente da Administração Pública, sujeita-se a uma organização que pode ser assim classificada: **(1) jurisdição administrativa compreendendo funções consultivas e funções contenciosas**, como na França, Países Baixos, Itália, Grécia, Bélgica e Colômbia, com os seus Conselhos de Estado no papel simultâneo de corte suprema e de órgão consultivo; **(2) jurisdição administrativa constituindo uma ordem jurisdicional autônoma**, com uma suprema corte específica de direito público, com funções unicamente contenciosas, como a Alemanha, Áustria, Suécia e Portugal; **(3) jurisdição administrativa autônoma em 1º e 2º graus, porém sujeita a uma corte suprema única**, não somente de direito público mas também de direito privado, como na Espanha, Suíça, Hungria, e México; **(4) jurisdição administrativa privada**, também conhecida como “jurisdição una” ou “sistema monista” que compreende direito público e direito privado, e eventualmente é dotada de órgãos especializados em jurisdição administrativa, típico dos sistemas de *common law*, como Inglaterra (ZILLER, 1993, p. 441), Irlanda (FROMONT, 2006), Dinamarca (ZILLER, 1993), mas também presentes na Argentina, Chile, Costa Rica, Peru e Venezuela. (grifo nosso).¹⁴³

Por fim, afirma Ricardo Perlingeiro Mendes da Silva¹⁴⁴ que o modelo que precedeu à República se assemelhava a uma “jurisdição administrativa com funções consultivas e contenciosas”, apesar de o Conselho de Estado do Império ter-se espelhado na primeira versão do Conselho de Estado francês, com uma “justiça retida” nas mãos do Imperador, sem funções verdadeiramente jurisdicionais ou delegadas.

2.1.4 A Emenda Constitucional n. 7, de 1977, à Constituição Federal de 1967 (Emenda Constitucional n. 1, de 1969)

O contencioso administrativo não pode ser visto como um privilégio da Administração Pública¹⁴⁵, apesar de sua origem histórica depor em seu

¹⁴³ SILVA, Ricardo Perlingeiro Mendes da. A justiça administrativa brasileira comparada. *Revista CEJ*, Brasília, Ano XVI, n. 57, p. 6-18, maio/ago. 2012, p. 7. Disponível em: <<http://www2.cjf.jus.br/ojs2/index.php/revcej/article/viewFile/1646/1593>>. Acesso em: 15 ago. 2013.

¹⁴⁴ SILVA, Ricardo Perlingeiro Mendes da. A justiça administrativa brasileira comparada. *Revista CEJ*, Brasília, Ano XVI, n. 57, p. 6-18, maio/ago. 2012, p. 8. Disponível em: <<http://www2.cjf.jus.br/ojs2/index.php/revcej/article/viewFile/1646/1593>>. Acesso em: 15 ago. 2013.

¹⁴⁵ A existência da justiça administrativa em matéria contenciosa, longe de alterar o exercício da justiça e violar a Constituição, assegura, pelo contrário, aos cidadãos seus mais justos direitos, ao governo sua unidade, sua livre ação e à Constituição a manutenção de seus princípios. BARACHO, José Alfredo de Oliveira. Contencioso administrativo. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 80, n. 288, p. 25-46, out./dez. 1984, p. 32.

desfavor, por ter sido invenção do despotismo que remontava ao Império Romano.¹⁴⁶

Na verdade, o contencioso administrativo representa avanço da sociedade moderna, sobretudo quando garante o julgamento das lides administrativas por juízes não subordinados à Administração Pública, com prerrogativas inerentes à magistratura e especializados em direito público, a possibilitar decisões técnicas e céleres.

Vale ressaltar que, com a instauração da República, em 1889, o Brasil adotou o sistema da jurisdição única, e a Constituição Federal de 1891 reservou à Justiça Federal, considerada especial, o julgamento dos feitos que envolviam o contencioso administrativo entre a União e os cidadãos.¹⁴⁷

Encontram-se registros doutrinários de que, na Constituição da República de 1934, de modo implícito, havia menção a órgãos especiais de contencioso administrativo, o que serviu de inspiração para criação do Tribunal Federal de Recursos, com o advento da Constituição Federal de 1946.¹⁴⁸

Para Caio Tácito, a curta vigência da Constituição Federal de 1934 não possibilitou a aplicação do preceito sobre órgãos especiais de contencioso administrativo; porém, tal Constituição inspirou o surgimento do Tribunal Federal de Recursos, estabelecido pela Constituição Federal de 1946.¹⁴⁹

Cumprе ressaltar que a possibilidade de introdução do contencioso administrativo no Brasil já era debatida pela doutrina desde a Emenda Constitucional n. 1, de 1969, à Constituição da República de 1967¹⁵⁰, em seu

¹⁴⁶ BARACHO, José Alfredo de Oliveira. Contencioso administrativo. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 80, n. 288, p. 25-46, out./dez. 1984, p. 34.

¹⁴⁷ BARACHO, José Alfredo de Oliveira. Contencioso administrativo. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 80, n. 288, p. 25-46, out./dez. 1984, p. 34.

¹⁴⁸ Um tribunal especial, com competência privativa e final, salvo em matéria constitucional, para julgamento dos recursos de matérias regidas pelo Direito Administrativo, nos litígios da União e seus credores, originários de contratos públicos (art. 79). BARACHO, José Alfredo de Oliveira. Contencioso administrativo. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 80, n. 288, p. 25-46, out./dez. 1984, p. 39.

¹⁴⁹ VASCONCELOS, Caio Tácito Sá Viana Pereira de. Contencioso administrativo. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 75, n. 267, p. 95-99, 1979, p. 97.

¹⁵⁰ Isso nunca foi contencioso administrativo. Ou os juízes federais e, depois, o Tribunal Federal de Recursos, julgam tais litígios e estamos, nesse caso, dentro do sistema tradicional de jurisdição una, que é e sempre foi o nosso sistema, o que é confirmado pelo art. 125 da CF de 1969, ou seria criado, realmente, o contencioso administrativo,

artigo 111, que, para alguns, possibilitava a criação de tribunais administrativos, ligados ao Poder Executivo, com poderes jurisdicionais.

A doutrina defendia ser possível a existência de órgãos administrativos com funções materialmente jurisdicionais, desde que as decisões emanadas de tais órgãos se sujeitassem à apreciação do Poder Judiciário.¹⁵¹

No entanto, com a Reforma do Judiciário (Reforma da Magistratura), de 1977, pela Emenda Constitucional n. 7, de 1977, à Constituição da República de 1967 (Emenda Constitucional n. 1, de 1969), tornou-se possível a criação do contencioso administrativo sem poderes jurisdicionais. A esse respeito, esclarecedor o comentário de Miguel Reale:

é sabido que a Emenda Constitucional n. 7, emanada pelo [sic] presidente Ernesto Geisel, em 1977, sobre a reforma da magistratura, teve como seu principal inspirador o ilustre mineiro José Rodrigues de Alkmin, do Supremo Tribunal Federal; **essa reforma não extinguiu o Contencioso Administrativo, cuja criação já estava prevista desde 1969, mas deu à matéria um tratamento que praticamente o tornou inviável.** (grifo nosso).¹⁵²

A citada Reforma do Judiciário tinha por finalidade descongestionar a Justiça Federal, que, na ocasião, já contava 318.000 processos em primeira instância e 7.000 em segunda instância.¹⁵³

A propósito, o texto dos artigos da Constituição Federal de 1967 (Emenda Constitucional n. 1, de 1969), com redação dada pela Emenda Constitucional n. 7, de 1977:

Art.111. A lei poderá criar **contencioso administrativo** e atribuir-lhe competência para o julgamento das causas mencionadas no artigo anterior (art. 153, § 4º). (grifo nosso).

modelo francês, o que conflitaria com o art. 153, § 4º (A lei não poderá excluir da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão de direito individual). GUALAZZI, Eduardo Lobo Botelho. *Justiça administrativa*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1986, p. 150.

¹⁵¹ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Contencioso administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 1977, p. 71.

¹⁵² REALE, Miguel. Resposta. *O Estado de S. Paulo (Jornal)*, 9 maio 1984, p. 7, apud GUALAZZI, Eduardo Lobo Botelho. *Justiça Administrativa*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1986, p. 146.

¹⁵³ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Contencioso administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 1977, p. 71.

Art. 203. **Poderão ser criados contenciosos administrativos**, federais e estaduais, **sem poder jurisdicional**, para a decisão de questões fiscais e previdenciárias, inclusive relativas a acidentes do trabalho (art. 153, § 4º). (grifo nosso)

Art. 204. A lei poderá permitir que a parte vencida na instância administrativa (artigos 111 e 203) requeira diretamente ao Tribunal competente a revisão da decisão nela proferida.

Art. 205. As questões entre a União, os Estados, o Distrito Federal, os Municípios e respectivas autarquias, empresas públicas e sociedades de economia mista, ou entre umas e outras, serão decididas pela autoridade administrativa, na forma da lei, ressalvado ao acionista procedimento anulatório dessa decisão.¹⁵⁴

Releva registrar que a citada Emenda Constitucional n. 7, de 1977, ampliou a competência do Supremo Tribunal Federal, com o instituto da “avocatória geral, de causas processadas perante quaisquer juízes ou tribunais (Art. 119, o), com a interpretação da lei ou ato normativo federal ou estadual”.¹⁵⁵

Com base no conceito de contencioso administrativo pela doutrina comparada de Direito Administrativo, Eduardo Lobo Botelho Gualazzi concluiu que a expressão “contencioso administrativo” foi mal empregada durante a vigência da Constituição da República de 1967 (com a Emenda Constitucional n. 1, de 17 de outubro de 1969, e as emendas subsequentes), em seus artigos 111, 122, II, e 203. Para ele, seria imprescindível uma ordem judicante totalmente independente, formal e materialmente, tanto do Poder Executivo quanto do Poder Judiciário comum.¹⁵⁶

A supracitada Emenda Constitucional n. 7, de 1977, deu nova redação ao artigo 111 da Constituição Federal de 1967 (Emenda Constitucional n. 1, de 1969), para incluir nele a possibilidade de edição de lei que visasse à criação do contencioso administrativo com competência para

¹⁵⁴ BRASIL. *Emenda Constitucional n. 7, de 13 de abril de 1977 à Constituição da República de 1967*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc_anterior1988/emc07-77.htm>. Acesso em: 18 maio 2013.

¹⁵⁵ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Contencioso administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 1977, p. 39.

¹⁵⁶ Ora, o “contencioso administrativo” previsto programaticamente naqueles três dispositivos constitucionais brasileiros remanesceria rigidamente inserido no princípio da unidade jurisdicional, que é, aliás, tradicional na República Brasileira, pois de suas decisões finais sempre caberia recurso para o Poder Judiciário. GUALAZZI, Eduardo Lobo Botelho. *Justiça administrativa*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1986, p. 21.

o julgamento das causas decorrentes de relações de trabalho entre servidores da União, autarquias e empresas públicas federais, independentemente do regime jurídico deles.¹⁵⁷

Daí, a doutrina passou a questionar se o artigo 111 da Constituição da República de 1967 (Emenda Constitucional n. 1, de 1969), com redação dada pela Emenda Constitucional n. 7, de 1977, pretendia implantar, no Brasil, o contencioso administrativo, e, caso o implantasse, se seria esse o instituto do contencioso administrativo conhecido universalmente. A resposta a essa indagação era negativa, como esclarece Marcos Afonso Borges:

Primeiro, porque, na realidade, esse contencioso seria uma justiça trabalhista administrativa, pois sua competência estaria restrita às lides oriundas das relações de trabalho dos servidores (22) com a União, autarquias e empresas públicas, em primeiro grau, pois de suas decisões caberia recurso para o Tribunal Federal de Recursos, que é órgão de justiça dita comum.
Segundo, porque não abrangeria as relações entre os referidos órgãos e funcionários públicos (23) sujeitos ao regime estatutário e não celitário (24).¹⁵⁸

Continua o autor a fazer comparação entre os textos da Emenda Constitucional n. 1, de 1969, e da Emenda Constitucional n. 7, de 1977, ambas à Constituição da República de 1967, na redação dos artigos 111 e 122:

Emenda Constitucional n. 1:

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

Emenda Constitucional n. 7

Art.111. A lei poderá criar contencioso administrativo e atribuir-lhe competência para o julgamento das causas mencionadas no artigo anterior (art. 153, § 4º).

Emenda Constitucional n. 1:

Art.122. Compete ao Tribunal Federal de Recursos:

II- julgar, em grau de recurso, as causas decididas pelos juízes federais.

¹⁵⁷ O contencioso ficou adstrito, salvante a hipótese de competência plena, acima referida, às seguintes matérias: questões de servidores (art. 111), fiscais, previdenciárias e relativas a acidentes de trabalho (art. 203). MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Contencioso administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 1977, p. 72.

¹⁵⁸ BORGES, Marcos Afonso. Meios de invadir o ato administrativo no Brasil. *Revista da Faculdade de Direito da UFG*, Goiás, v. 7, n. 1-2, p. 53-64, jan./dez. 1983, p. 57. Disponível em: <<http://revistas.ufg.br/index.php/revfd/article/view/11423/7505>>. Acesso em: 15 jun. 2013.

Parágrafo único: A Lei poderá estabelecer a competência originária dos Tribunais Federais de Recursos para a anulação de atos administrativos de natureza tributária.

Emenda Constitucional n. 7:

Art. 122. Compete ao Tribunal Federal de Recursos:

II - julgar, originariamente, nos termos da lei, o pedido de revisão das decisões proferidas pelos contenciosos administrativos (art. 204).¹⁵⁹

Frise-se que as referidas emendas constitucionais não criaram contencioso administrativo nos moldes do direito comparado, pois lhe sonegavam a função jurisdicional, o que, para a doutrina, seria empregar a expressão “contencioso administrativo” em sentido não técnico.¹⁶⁰

Nesse passo, a crítica doutrinária à Emenda Constitucional n. 7, de 1977, à Constituição da República de 1967 (Emenda Constitucional n. 1, de 1969) se dá com razão, porque tal emenda continha em seu texto contradição em termos, ao prever contencioso administrativo sem poder jurisdicional, na medida em que as decisões definitivas do contencioso administrativo devem, em regra, fazer coisa julgada e ter a mesma efetividade dos provimentos judiciais.

Edylcea Tavares Nogueira de Paula bem ressaltou a impropriedade da expressão “sem poder jurisdicional” do contencioso administrativo criado pela Emenda Constitucional nº 7, de 1977, a qual, nesse aspecto, não inovou na ordem jurídica:

a expressão “**sem poder jurisdicional**” **estatuída no dispositivo, querendo nos parecer significar “sem força de coisa julgada”,** como sói acontecer com os contenciosos já existentes, criados por lei ordinária, como o Conselho de Contribuintes, o Tribunal de

¹⁵⁹ BORGES, Marcos Afonso. Meios de invadir o ato administrativo no Brasil. *Revista da Faculdade de Direito da UFG, Goiás*, v. 7, n. 1-2, p. 53-64, jan./dez. 1983, p. 58. Disponível em: <<http://revistas.ufg.br/index.php/revfd/article/view/11423/7505>>. Acesso em: 15 jun. 2013.

¹⁶⁰ Donde se verifica, já quanto à terminologia, a impropriedade da Emenda, quando denomina “contencioso administrativo” meros tribunais administrativos, sem função jurisdicional, e quando simplesmente omite a denominação de instituto que pode adquirir, em certos casos ao menos, as características do contencioso administrativo propriamente dito. GRINOVER, Ada Pellegrini. O contencioso administrativo na emenda n. 7/1977. *Revista da Procuradoria-Geral do Estado de São Paulo*, São Paulo, n. 10, jun. 1977, p. 257.

Impostos e Taxas do Estado de São Paulo etc., de cujas decisões não emana aquele efeito. (grifo nosso).¹⁶¹

Por outro lado, entendia-se que a possibilidade de se recorrer ao Poder Judiciário não desvirtuava a natureza jurídica do instituto criado com a Emenda Constitucional n. 7, de 1977, à Constituição da República de 1967 (Emenda Constitucional n. 1, de 1969), pois, em países da Europa como, por exemplo, Portugal, existe a possibilidade de as decisões inconstitucionais da justiça administrativa serem revistas pelo Poder Judiciário.¹⁶²

No mesmo sentido, inclinava-se a doutrina de Geraldo Ataliba, ao ter reconhecido que a criação do contencioso fiscal da União pela Emenda Constitucional n. 7, de 1977, à Constituição da República de 1967 (Emenda Constitucional n. 1, de 1969) foi um grande avanço para o Estado de Direito, com base na análise de princípios observados no procedimento do contencioso administrativo.¹⁶³

Nesse ponto, o Presidente da República, na mensagem que antecedeu à outorga da referida Emenda Constitucional n. 7, de 1977, à Constituição da República de 1967 (Emenda Constitucional n. 1, de 1969), ao tratar da criação de órgãos colegiados, federais e estaduais, sem poder jurisdicional, para a decisão de questões fiscais e previdenciárias, ressaltou a impossibilidade de se adotar contencioso administrativo como forma de justiça administrativa,

¹⁶¹ PAULA, Edylcea Tavares Nogueira de. Contencioso administrativo. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, v. 16, n. 62, p. 271-280, abr./jun.1979, p. 276. Disponível em: <<http://www2.senado.gov.br/bdsf/item/id/181131>>. Acesso em: 5 ago. 2013.

¹⁶² Artigo 280.º da Constituição da República Portuguesa. PORTUGAL. *Constituição da República Portuguesa*. VII Revisão Constitucional, 2005. Disponível em: <<http://www.parlamento.pt/Legislacao/Documents/constpt2005.pdf>>. Acesso em: 12 abr. 2013.

¹⁶³ I - ampla defesa (direito de petição, direito de certidão, direito à produção de provas, ciência dos atos processuais, direito de vista, vista fora da repartição, moralidade e legalidade das provas, atuação dos advogados; II - igualdade das partes; III - lealdade processual; IV - celeridade e economia processual; V - dever de sigilo e veracidade; VI - ampla competência decisória; VII - responsabilidade funcional e processual; VIII - ausência de garantia de instância; IX - gratuidade; X - definitividade; XI - supletividade das leis civis e penais. ATALIBA, Geraldo. Princípios informativos do contencioso administrativo tributário federal. *Justitia*: Órgão do Ministério Público de São Paulo, 2º trimestre 1978, vol. 101, p. 113-125, apud BARACHO, José Alfredo de Oliveira. Contencioso administrativo. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 80, n. 288, p. 25-46, out./dez. 1984, p. 39.

pois isso demandaria um complexo de órgãos inerentes ao sistema como, por exemplo, um Conselho de Estado e um Tribunal de Conflitos.

No entanto, o modelo que se instituiu exigia somente o exaurimento da via administrativa antes de se propor a ação judicial. Por conseguinte, o principal efeito desses contenciosos seria sentido pelo Poder Judiciário, pois muitas ações desnecessárias não chegariam a ser propostas.¹⁶⁴

De forma diferente, André Ramos Tavares¹⁶⁵ considerou que o princípio do acesso à justiça repeliu a chamada instância administrativa forçada ou jurisdição condicionada, criada pela Emenda Constitucional n. 7, de 1977, à Constituição da República de 1967 (Emenda Constitucional n. 1, de 1969), que estabelecia o exaurimento das vias administrativas para o ingresso em juízo, conforme disposição expressa do artigo 153, § 4º:

Art. 153 (...)

§ 4º A lei não poderá excluir da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão de direito individual. **O ingresso em juízo poderá ser condicionado a que se exauram previamente as vias administrativas**, desde que não exigida garantia de instância, nem ultrapassado o prazo de cento e oitenta dias para a decisão sobre o pedido. (grifo nosso).¹⁶⁶

No entanto, importantes exceções foram estabelecidas pela Emenda Constitucional n. 7, de 1977, à Constituição da República de 1967 (Emenda Constitucional n. 1, de 1969), de modo a se evitarem possíveis dificuldades de acesso à justiça aos menos favorecidos economicamente (garantia de instância) e no caso de violação ao direito da razoável duração do processo no contencioso administrativo.

Nesse sentido é a lição de Celso Bastos:

Embora autorizando o legislador ordinário a condicionar o ingresso em juízo à execução das vias administrativas, o próprio Texto Constitucional, literalmente, excetua duas hipóteses: a da garantia

¹⁶⁴ VASCONCELOS, Caio Tácito Sá Viana Pereira de. Contencioso administrativo. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 75, n. 267, p. 95-99, 1979, p. 98.

¹⁶⁵ TAVARES, André Ramos. *Curso de direito constitucional*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 585.

¹⁶⁶ BRASIL. *Emenda Constitucional n. 7, de 13 de abril de 1977 à Constituição da República de 1967*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc_anterior1988/emc07-77.htm>. Acesso em: 18 maio 2013.

de instância e da exigência da não ultrapassagem do prazo de 180 dias para a decisão sobre o pedido. **Sobre a primeira exceção, a garantia de instância, não há muito a dizer. Seu intuito é o de abrir as portas do Poder Judiciário toda vez que o ingresso na via administrativa não possa se dar sem ônus para o impugnante.** Desde que exigidas garantias de quaisquer espécies, fidejussórias ou reais, do mesmo fato resulta a acessibilidade à instância jurisdicional. (grifo nosso).¹⁶⁷

Além das referidas exceções ao exaurimento da via administrativa, seria sempre possível o ingresso em juízo toda vez que os princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa fossem desrespeitados.¹⁶⁸

Ainda, Celso Bastos, ao comentar o contencioso administrativo após a Emenda Constitucional n. 7, de 1977, à Constituição da República de 1967 (Emenda Constitucional n. 1, de 1969), ressaltou que, em relação às lides administrativas submetidas ao contencioso administrativo, era inviável “a hipótese da criação de um único Contencioso abarcando matérias da alçada estadual e federal, caso em que haveria infringência ao princípio federativo”.¹⁶⁹

Continua o autor com afirmação de que, em relação à matéria, seria possível a existência de um contencioso estadual paralelo ao federal, visto que os Estados podiam dispor sobre seus sistemas previdenciários próprios.¹⁷⁰

No mesmo sentido, entendia Caio Tácito ser possível a criação de órgãos de contencioso administrativo equivalentes nos Estados e no Distrito Federal, desde que observado o paradigma federal, a depender de lei estadual ou distrital.¹⁷¹

De qualquer modo, as disposições constitucionais sobre o contencioso administrativo, expressas na Emenda Constitucional n. 7, de 1977, à Constituição da República de 1967 (Emenda Constitucional n. 1, de 1969), notadamente no que se refere à sua eficácia, eram normas

¹⁶⁷ BASTOS, Celso. *Contencioso administrativo*. São Paulo: Resenha Universitária, 1979, p. 25-26.

¹⁶⁸ VASCONCELOS, Caio Tácito Sá Viana Pereira de. Contencioso administrativo. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 75, n. 267, p. 95-99, 1979, p. 99.

¹⁶⁹ BASTOS, Celso. *Contencioso administrativo*. São Paulo: Resenha Universitária, 1979, p. 20.

¹⁷⁰ BASTOS, Celso. *Contencioso administrativo*. São Paulo: Resenha Universitária, 1979, p. 19.

¹⁷¹ VASCONCELOS, Caio Tácito Sá Viana Pereira de. Contencioso administrativo. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 75, n. 267, p. 95-99, 1979, p. 99.

constitucionais programáticas, porque dependiam de regulamentação por lei complementar ou ordinária.¹⁷²

Sabe-se que a doutrina entendia que o Brasil seguiu a tradição de adoção do sistema de jurisdição única, que não admitia a existência de justiça administrativa independente.¹⁷³

Nesse ponto, Otto Gil entendia que seria inconveniente a instauração, ou reintrodução, no Brasil, do sistema do contencioso administrativo, fosse ele qual fosse.

E continua o autor com afirmação de que

a história desses contenciosos muitas vezes precede e muitas vezes se confunde com a história dos regimes absolutistas, sempre viabilizados à força do amesquinamento do Poder Judiciário e da transferência, ainda que suavizada, ou restrita, de uma parcela de suas atividades jurisdicionais.¹⁷⁴

No mesmo sentido, o Ministro José Fernandes Dantas, do extinto Tribunal Federal de Recursos, em ofício encaminhado ao presidente do Senado Federal, manifestou-se contrariamente à proposta de emenda constitucional do Executivo, encaminhada ao Congresso Nacional em 16 de abril de 1984, na qual se propunha a alteração do artigo 153, § 4º, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1967 (Emenda Constitucional n. 1, de 1969), para que fosse criado o contencioso administrativo no âmbito do Poder Executivo, com poder jurisdicional.¹⁷⁵

Contudo, apesar dos argumentos em sentido contrário, entende-se possível a reintrodução do contencioso administrativo no Brasil, desde que a lei assegure o seu funcionamento imparcial e sejam respeitadas as garantias constitucionais das partes litigantes.

¹⁷² BARACHO, José Alfredo de Oliveira. Contencioso administrativo. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 80, n. 288, p. 25-46, out./dez. 1984, p. 43.

¹⁷³ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*, 24 ed., São Paulo: Malheiros, 1999, p. 52-53.

¹⁷⁴ Apud DANTAS, José Fernandes. O Tribunal Federal de Recursos e o contencioso administrativo. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 80, n. 286, p. 433-457, 1984, p. 434.

¹⁷⁵ DANTAS, José Fernandes. O Tribunal Federal de Recursos e o contencioso administrativo. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 80, n. 286, p. 433-457, 1984.

Ademais, para se descongestionar o Judiciário, não bastaria apenas fossem criadas mais varas da justiça ordinária, com verbas que seriam gastas para se criar a justiça administrativa¹⁷⁶, notadamente porque a implantação da justiça administrativa especializada, com uso da estrutura já existente do Poder Executivo, mais precisamente do Instituto Nacional do Seguro Social, teria, certamente, custo menor do que o necessário à ampliação da justiça ordinária.¹⁷⁷

Portanto, são muitas as vantagens de uma justiça administrativa especializada, a se considerar, sobretudo, que os juízes brasileiros têm preponderante formação privatista e certa prevenção com relação à Administração Pública; as atividades e os interesses da Administração estão, em regra, distantes da experiência do juiz ordinário.¹⁷⁸

De outro lado, José Alfredo de Oliveira Baracho não reconhecia que a justiça administrativa iria diminuir a sobrecarga de trabalho do Judiciário¹⁷⁹, bem como criticava o texto da Emenda Constitucional n. 7, de 1977, à Constituição da República de 1967 (Emenda Constitucional n. 1, de 1969), ante a falta de previsão de garantias da independência de atuação dos

¹⁷⁶ DANTAS, José Fernandes. O Tribunal Federal de Recursos e o contencioso administrativo. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 80, n. 286, p. 433-457, 1984, p. 434.

¹⁷⁷ Entretanto, mesmo no Brasil, tem-se o exemplo da Justiça do Trabalho que, sem perda da reconhecida eficiência, dentro de suas formalidades e da rapidez de sua atuação, é muito mais barata que a justiça comum, principalmente a estadual. MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Tribunais administrativos para o controle da legalidade dos atos do poder público na República Federativa do Brasil* (tese de docência). Rio de Janeiro: Borsoi, 1971, p. 63.

¹⁷⁸ A Administração, às vezes, não é apenas distanciada do juiz ordinário, não lhe é apenas estranha; pode ocorrer que, inconscientemente, por querer ser honesto e imparcial, ele a faça intimamente uma adversária: reagindo contra o poder do Leviatã, o juiz ordinário, curando de exaltar os direitos individuais, acaba pecando por excesso de zelo, entretendo, prejudicando e, inadvertidamente, sacrificando o bem comum por um interesse individual menor não claramente protegido, mercê de uma interpretação da lei com os olhos privatistas, o liberal do Direito. MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Tribunais administrativos para o controle da legalidade dos atos do poder público na República Federativa do Brasil* (tese de docência). Rio de Janeiro: Borsoi, 1971, p. 60.

¹⁷⁹ É incrível propor-se alteração tão essencial com assento na afirmativa de que a medida irá desafogar o Judiciário. Mais correto seria examinar as causas e as soluções necessárias para o funcionamento adequado do Sistema Judiciário Nacional, em todos os seus níveis e desdobramentos. BARACHO, José Alfredo de Oliveira. Contencioso administrativo. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 80, n. 288, p. 25-46, out./dez. 1984, p. 44.

juizadores da justiça administrativa, a conferir-lhes a essencial imparcialidade para decidirem no contencioso administrativo.¹⁸⁰

Entre os defensores do contencioso administrativo destaca-se Miguel Reale, com suas lições sempre atuais:

Estou convencido, pois, de que a crise da Justiça somente será superada, graças a **Contenciosos Administrativos, cuja existência se tornará cada vez mais impositiva quanto mais progredirmos em termos de população e de desenvolvimento**. Se não atentarmos a essa realidade, os que hoje nos criticam terão a oportunidade de contemplar, impassíveis, as consequências da omissão presente. (grifo nosso).¹⁸¹

Destarte, se não existe unanimidade no reconhecimento dos benefícios da reintrodução, no Brasil, do contencioso administrativo, com poder jurisdicional, pode-se afirmar que a medida não representa retrocesso no Direito brasileiro, mas forma de se descongestionar o Judiciário, notadamente pela exclusão de julgamento pela primeira instância da Justiça Federal de matérias relativas ao Direito Previdenciário.¹⁸²

Daí decorre que os servidores do contencioso administrativo (juizadores) devem ter algumas prerrogativas do juiz ordinário, pois, segundo Diogo de Figueiredo Moreira Neto, com essas prerrogativas, os juízes se sentem mais seguros para decidir com imparcialidade.¹⁸³

¹⁸⁰ Além de afrontar a tradição brasileira da universalidade da competência do Poder Judiciário, deixa o administrado desprotegido desde que passa a ser julgado por órgão de um Poder Executivo, em nosso País, geralmente, autoritário, faltando-lhe imparcialidade. BARACHO, José Alfredo de Oliveira. Contencioso administrativo. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 80, n. 288, p. 25-46, out./dez. 1984, p. 44.

¹⁸¹ BARACHO, José Alfredo de Oliveira. Contencioso administrativo. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 80, n. 288, p. 25-46, out./dez. 1984, p. 45.

¹⁸² 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 da legalidade administrativa, especialmente no campo fecundo da chamada legalidade intrínseca, pela qual o juiz deve penetrar no exame dos motivos do ato administrativo, alcançando os limites do controle de mérito, embora sem nele penetrar. VASCONCELOS, Caio Tácito Sá Viana Pereira de. Contencioso administrativo. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 75, n. 267, p. 95-99, 1979, p. 97.

¹⁸³ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Tribunais administrativos para o controle da legalidade dos atos do poder público na República Federativa do Brasil* (tese de docência). Rio de Janeiro: Borsoi, 1971, p. 58.

Em outras palavras, para que possam decidir com independência, os juízes administrativos devem ter a prerrogativa funcional da inamovibilidade que os coloque ao abrigo das pressões políticas da Administração Pública.¹⁸⁴

No direito comparado, na Espanha, onde a justiça administrativa integra o Poder Judiciário¹⁸⁵, com a Constituição de 1978, foi assegurada estabilidade definitiva à especialização da jurisdição contenciosa administrativa em funcionamento dentro do Poder Judiciário; assegurou-se, também, a garantia da “tutela efetiva dos juízes e tribunais, quanto ao exercício de seus direitos e interesses legítimos, sendo inadmissível, em qualquer hipótese, o cerceamento de sua defesa”.¹⁸⁶

No Brasil, antes da Constituição da República de 1988, Diogo de Figueiredo Moreira Neto apresentou, em seu livro “Contencioso Administrativo”, proposta de criação do contencioso administrativo, com tribunais administrativos situados organicamente dentro do Poder Judiciário e submetidos ao Supremo Tribunal Federal:

na esfera central da Federação, a sua Justiça Ordinária, constituída de juízes federais e do Tribunal Federal de Recursos [hoje, Tribunais Regionais Federais], funciona, com algumas exceções resultantes do enxerto de matérias que, indiretamente, interessem à União, como uma jurisdição do contencioso administrativo, integrada ao Poder Judiciário. Desta forma, apenas no plano estadual, o contencioso administrativo não têm órgãos especializados, valendo-se dos juízes e tribunais ordinários. **O exposto confirma que também no Brasil se percebe uma tendência no sentido de autonomizar a jurisdição do Contencioso Administrativo, especializando-a com a vantagem de não retirá-la, respeitando nossa tradição republicana, do Poder Judiciário.** (grifo nosso).¹⁸⁷

Registre-se que, além do controle externo do ato administrativo pela justiça administrativa, é necessária a reformulação dos processamentos

¹⁸⁴ CAETANO, Marcello. *Manual de direito administrativo*. 10. ed. Coimbra: Almedina, 2010, p. 1.167.

¹⁸⁵ Pela Lei de 5 de abril de 1904, a jurisdição administrativa contenciosa foi integrada ao Poder Judiciário. Em 27 de dezembro 1956, a justiça administrativa foi reformada, acentuada a especialização dos magistrados, com a lei se buscou a inserção da justiça administrativa no âmbito do Poder Judiciário. GUALAZZI, Eduardo Lobo Botelho. *Justiça administrativa*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1986, p. 71.

¹⁸⁶ ENTERRÍA, Eduardo Garcia. *As transformações da justiça administrativa: da sindicabilidade restrita à plenitude jurisdicional*. Belo Horizonte: Fórum, 2010, p. 50.

¹⁸⁷ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Contencioso administrativo*. Forense: Rio de Janeiro, 1977, p. 39-40.

internos da Administração, com adoção de procedimento contraditório, com a participação do cidadão na produção de provas, a se considerar que muitos processos judiciais não existiriam se a Administração se tivesse empenhado na busca de provas de fácil produção como, por exemplo, em ações com pedido de concessão de pensão previdenciária por morte propostas por companheiras, com pouca prova documental contemporânea à época do óbito do instituidor do benefício, em regra, em razão de situação econômica menos favorecida. Em tais casos, verifica-se a compra de bens de consumo duráveis, em que se guardam as notas fiscais e carnês de pagamento das prestações pela compra de tais bens. Tais documentos deveriam ser aceitos pela Administração Pública (Instituto Nacional do Seguro Social, autarquia federal) como prova da convivência do casal em união estável, de modo a se garantir o direito à pensão previdenciária à companheira sobrevivente.

Ademais, a audiência das partes pela Administração Pública, fundamental para o deslinde do contencioso administrativo, não é incompatível com o poder discricionário, inerente à Administração.

A propósito do assunto, Caio Tácito ensina que:

O exercício do poder discricionário (que é indispensável ao funcionamento regular da Administração) não é incompatível com a regra da audiência das partes interessadas, mediante processo administrativo público, de que é exemplo o sistema *hearing*, amplamente usado na Grã-Bretanha e nos Estados Unidos.¹⁸⁸

Por fim, questões relevantes são as relativas à verificação de o contencioso administrativo, com função jurisdicional, ser compatível com a Constituição da República vigente, e à definição das matérias da competência dessa justiça administrativa especializada.

Assim, o próximo capítulo será dedicado ao estudo desses temas.

¹⁸⁸ VASCONCELOS, Caio Tácito Sá Viana Pereira de. Contencioso administrativo. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 75, n. 267, p. 95-99, 1979, p. 97.

CAPÍTULO 3

3.1 A CONSTITUCIONALIDADE DO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

3.1.1 O acesso à tutela jurídica efetiva

Sabe-se que o Estado moderno aboliu a autotutela dos direitos quando ocorria a sua violação. Os conflitos de interesse passaram a ser disciplinados pelo Direito. A função jurisdicional, exercida pelo Poder Judiciário, visa à solução de tais conflitos, mediante aplicação das sanções¹⁸⁹ decorrentes das infrações às normas jurídicas.

Segundo Arruda Alvim, os romanistas teriam registrado quatro fases de evolução da administração da justiça em Roma:

- 1) os conflitos de interesses seriam resolvidos, num primeiro estágio, através da defesa privada;
- 2) em seguida, deixando-se de lado a violência, expressão da defesa privada, ter-se-ia evoluído para um arbitramento facultativo;
- 3) ao depois, o arbitramento, de facultativo que era, teria passado a ser obrigatório, e, finalmente;
- 4) o Estado ficou como monopolizador da distribuição da justiça, resolvendo, por seus funcionários, os conflitos de interesses decorrentes, o que fazia através da sentença e, caso esta não fosse cumprida pelo litigante condenado, seria procedida, em favor do vencedor, coercitivamente, a execução.¹⁹⁰

Pode-se, então, perceber que, na modernidade, o Poder Judiciário exerce importante papel a partir do momento em que restaura o equilíbrio social decorrente de lesões perpetradas, muitas vezes, pelo próprio Estado.

Portanto, entre todos os direitos fundamentais da pessoa humana, é o direito ao acesso à justiça que torna os demais direitos realmente exequíveis, notadamente porque, quando o direito de um indivíduo é violado por uma pessoa física ou jurídica, pública ou privada, é o Poder Judiciário que assegura a devida reparação do dano sofrido por essa violação.

¹⁸⁹ A regra jurídica, diga-se incidentalmente, contém dois preceitos: o preceito primário, que prescreve a conduta, e o secundário, que estabelece as consequências para inobservância do comportamento definido no preceito primário. ALVIM, Arruda. *Direito processual civil*. v. 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1972, p. 24-25.

¹⁹⁰ ALVIM, Arruda. *Direito processual civil*. v. 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1972, p. 13-14.

Logo, pode-se conceituar o acesso à justiça como direito fundamental¹⁹¹, indispensável para a concretização dos demais direitos fundamentais.

Nota-se, assim, que o acesso à justiça é um direito humano que deve ser assegurado pelos Estados Democráticos. Nesse sentido:

O Acesso à Justiça, compreendido como direito humano, pressupõe pelo Estado de Direito sua plena realização mediante Sistema de Justiça efetivo e democrático. Contudo, o quadro macroeconômico e sociocultural no qual gesta essas garantias não é favorável à sua realização objetiva e igualitária entre os indivíduos. (grifo nosso).¹⁹²

Importa deixar claro, porém, que o direito de acesso à justiça, ou o direito de ação, não é apenas o direito à sentença de mérito. Por conseguinte, o acesso à justiça deve ser entendido como, além da facilitação de ingresso em juízo, direito à prestação jurisdicional célere e eficaz.

Como adverte Boaventura de Sousa Santos *et al*¹⁹³, o acesso ao direito e à justiça é a pedra de toque do regime democrático. Não há democracia sem o respeito pela garantia dos direitos dos cidadãos.

Desse modo, sabendo-se que no Estado moderno as atividades da Administração Pública fazem crescer cada vez mais o número de lides e que os tribunais estão sobrecarregados pela demanda de trabalho, a impedir que os juízes tenham tempo para estudo, aperfeiçoamento e especialização¹⁹⁴, infere-se que o contencioso administrativo previdenciário em primeiro grau

¹⁹¹ MARINONI, Luiz Guilherme Bittencourt. O custo e o tempo do processo civil brasileiro. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná*, Curitiba, Paraná, v. 37, p. 37-64, 2002, p. 38. Disponível em: <<http://ojs.c3sl.ufpr.br/ojs/index.php/direito/article/view/1770/1467>>. Acesso em: 20 out. 2013.

¹⁹² CORREIA, Dandara Batista; ALMEIDA, Bernadete de Lourdes Figueiredo de. O acesso à justiça nas práticas de mediação e conciliação: limites na garantia dos direitos. *Revista CEJ*, Brasília, Ano XVI, n. 58, p. 38-43, set./dez. 2012, p. 39. Disponível em: <<http://www2.cjf.jus.br/ojs2/index.php/revcej/article/viewFile/1605/1684>>. Acesso em: 15 ago. 2013.

¹⁹³ SANTOS, Boaventura de Sousa; MARQUES, Maria Manuel Leitão; PEDROSO, João; FERREIRA, Pedro Lopes (Orgs.). *Os tribunais nas sociedades contemporâneas: o caso português*. Porto: Afrontamento, 1996, p. 483.

¹⁹⁴ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Tribunais administrativos para o controle da legalidade dos atos do poder público na República Federativa do Brasil* (tese de docência). Rio de Janeiro: Borsoi, 1971, p. 60.

de jurisdição contribuiria para que a prestação jurisdicional fosse realizada em tempo razoável.

Por outro lado, sabe-se que o processo não é um fim em si mesmo, ele é um meio de obtenção de direitos. Como destacam Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart:

O “novo processo” não é mais um “processo neutro”, mas um processo que sabe que, da mesma forma que todos não são iguais, os bens que constituem o litígio não têm igual valor jurídico.¹⁹⁵

Com tais obstáculos, a morosidade da entrega da prestação jurisdicional é o fator que mais desgasta os sujeitos do processo, sobretudo a parte que tem razão, porque favorece a que não a tem.¹⁹⁶

Nesse contexto, o princípio constitucional do acesso à justiça, expresso no artigo 5º, XXXV, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, não deve ser entendido como mero acesso ao Poder Judiciário, ou seja, um acesso formal, mas sim que as partes tenham acesso a um processo judicial adequado à tutela de direitos fundamentais.

Não é por outro motivo que Aluisio Gonçalves de Castro Mendes¹⁹⁷ destaca que o princípio do acesso à justiça ou da universalidade da jurisdição é consectário lógico do devido processo legal; “resulta da evolução consubstanciada nos sistemas anglo-saxão (*common law*) e codificado de direito (*civil law*)”.

¹⁹⁵ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Processo de conhecimento*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 111.

¹⁹⁶ A morosidade não é, na lição de Mauro Cappelletti, um problema novo: Em muitos países as partes que buscam uma solução judicial precisam esperar dois ou três anos, ou mais, por uma decisão exequível. Os efeitos dessa delonga, especialmente se considerados os índices de inflação, podem ser devastadores. Ela aumenta os custos para as partes e pressiona os economicamente fracos a abandonar suas causas, ou aceitar acordos por valores muito inferiores àqueles a que teriam direito. CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça*. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988, p. 20.

¹⁹⁷ MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. Breves considerações em torno da questão da inafastabilidade da prestação jurisdicional. *Revista da Seção Judiciária do Rio de Janeiro*, Rio de Janeiro, n. 19, p. 61-73, 2007, p. 62. Disponível em: <<http://www.ajuferjes.org.br/PDF/006Inafastabilidade.pdf>>. Acesso em: 15 ago. 2013.

No Brasil, o princípio da inafastabilidade da tutela jurisdicional foi expresso, pela primeira vez, na Constituição da República de 1946¹⁹⁸; posteriormente, houve ressalvas a tal princípio no Regime Militar que se instaurou no País a partir de 1964.

Aluisio Gonçalves de Castro Mendes esclarece que, na Constituição anterior (de 1967/1969), ao se tratar da inafastabilidade de acesso ao Judiciário (artigo 153, § 4º, da Constituição da República de 1967/1969), não havia a expressão “ameaça”, mas nem por isso se retirava a legitimidade constitucional da tutela cautelar.

Pode-se, com isso, dizer que a Constituição da República de 1988, no inciso XXXV do artigo 5º, ampliou o alcance do princípio da inafastabilidade da jurisdição ou do acesso à justiça, não mais limitado às hipóteses de lesão a direito subjetivo, mas garantida a tutela jurisdicional quando houvesse perigo de lesão a direito.

Some-se a isso que a locução “ameaça a direito”, constante do artigo 5º, XXXV, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, garante o direito à tutela jurisdicional efetiva¹⁹⁹, por conseguinte, o direito à tutela de urgência, qual seja, cautelar ou antecipatória.

De acordo com Teori Albino Zavascki:

É comum afirmar-se que a tutela cautelar, e, por certo, também a antecipatória, é espécie de tutela preventiva, cuja matriz

¹⁹⁸ Nesse sentido: Elevou-se a princípio constitucional a regra – excludente de quaisquer juízes e tribunais de exceção – de que nenhuma lesão de direito individual poderia excluir-se da apreciação do Poder Judiciário. Como, aliás, já estava implícito nos sistemas constitucionais de 1891 e 1934; e no art. 30 do Ato das Disposições Transitórias, consentaneamente com o princípio assim enunciado, abriu-se ao Poder Judiciário o exame dos atos do Governo Provisório, instalado em novembro de 1930, desde que os interessados, evidentemente, se houvessem valido do direito de reclamação instituído pelo art. 18, parágrafo único, das Disposições Transitórias da Constituição de 16 de julho de 1934; em outros termos, concedeu-se aos prejudicados a faculdade de pleitearem o reconhecimento de seus direitos, preenchidas certas condições, salvo quanto aos vencimentos atrasados e relevadas quaisquer prescrições. ENTERRÍA, Eduardo Garcia. *As transformações da justiça administrativa: da sindicabilidade restrita à plenitude jurisdicional*. Belo Horizonte: Fórum, 2010, p. 92.

¹⁹⁹ Do princípio da inafastabilidade decorre o direito ao devido processo legal, aí incluído, entre outros, o direito à adequada tutela jurisdicional, abrangendo o direito de petição, como, “autêntico direito abstrato de agir”, o direito à tutela urgente, e os direitos ao procedimento, à cognição, ao provimento e aos meios executivos adequados. MARINONI, Luiz Guilherme. *A antecipação da tutela na reforma do processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 168.

constitucional estaria no inciso XXXV do art. 5º da Carta, que assegura proteção jurisdicional não apenas em caso de lesão, mas também em caso de ameaça a direito.²⁰⁰

José Manoel de Arruda Alvim²⁰¹ aduz que o artigo 5º, XXXV, da Constituição da República de 1988 refere-se, expressamente, à tutela à ameaça a direito; existe no próprio patamar constitucional a previsão de que a tutela cautelar faz parte do direito constitucional de acesso à justiça.

Vale, ainda, citar Aluisio Gonçalves de Castro Mendes quando se refere às limitações de acesso à justiça no regime constitucional precedente:

O Ato Institucional n. 5, de 13 de dezembro de 1968, determinou, no seu artigo 11, a exclusão de qualquer apreciação judicial de todos os atos praticados de acordo com o respectivo Ato e seus Atos Complementares. A Emenda Constitucional de 1969 foi ainda mais longe, excluindo da apreciação judicial os atos em geral praticados pelo Governo Federal, bem como Atos Institucionais e Atos Complementares etc.²⁰²

A expressão “acesso à justiça” deve ser entendida como “acessível a todos e produzir resultados que sejam individual e socialmente justos”.²⁰³

Em outras palavras, não é suficiente o acesso meramente formal à justiça, pois este não é capaz de assegurar a concretização dos direitos fundamentais.²⁰⁴

²⁰⁰ ZAVASCKI, Teori Albino. *Antecipação de tutela*. 5. ed. Rio de Janeiro: Saraiva, 2007, p. 62.

²⁰¹ ALVIM, José Manoel de Arruda. *Manual de direito processual civil*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 165.

²⁰² MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. Breves considerações em torno da questão da inafastabilidade da prestação jurisdicional. *Revista da Seção Judiciária do Rio de Janeiro*, Rio de Janeiro, n. 19, p. 61-73, 2007, p. 63. Disponível em: <<http://www.ajuferjes.org.br/PDF/006Inafastabilidade.pdf>>. Acesso em: 15 ago. 2013.

²⁰³ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça*. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988, p. 8.

²⁰⁴ O direito de acesso aos tribunais é uma noção altamente dinâmica, a implicar um direito de acesso a tribunais administrativos eficientes. Nesses aspectos, os Estados europeus possuem frequentemente preocupações comuns referentes ao direito de acesso a uma justiça administrativa eficiente, ainda que as respostas e procedimentos instituídos variem. (tradução nossa). O texto em língua estrangeira é: “Right of access to the courts is a highly dynamic notion, implying a right of access to efficient administrative courts. In these areas, the European States have frequently common concerns regarding the right of access to efficient administrative justice, although the responses and the procedures instituted are varied.” OBSERVATORY FOR INSTITUTIONAL AND LEGAL CHANGES OF THE UNIVERSITY OF LIMOGES. *Administrative Justice in Europe*. Traduit par Adam Warren. 1^{ère} Édition. Presses Universitaires de France, 2007, ISBN 978-2-13-056041-8, p. 67.

3.1.2 A constitucionalidade do contencioso administrativo

Tema que desperta grande discussão é o da possibilidade de reintrodução do contencioso administrativo no Brasil, considerado o modelo fracassado da Emenda Constitucional n. 7, de 1977, à Constituição da República de 1967 (Emenda Constitucional n. 1, de 1969), especialmente porque o contencioso administrativo previsto naquela Constituição não chegou a ser implementado.

Questiona-se a respeito da constitucionalidade dessa jurisdição administrativa para as contendas entre Administração Pública e o particular, em virtude do princípio da separação dos poderes estatais e do princípio do acesso à justiça.

Argumenta-se que o princípio da separação dos poderes estatais, esboçado por Aristóteles, concebido por Locke e aperfeiçoado por Montesquieu, seria óbice para a reintrodução do contencioso administrativo no Brasil.

No entanto, a leitura tradicional da clássica teoria de separação dos poderes estatais é insustentável nas sociedades contemporâneas, porque, como resultado dessa visão conservadora, a prestação jurisdicional não consegue acompanhar a velocidade das transformações sociais, principalmente porque se vive em uma sociedade injusta e desigual.²⁰⁵

Na realidade, pretende-se um modelo diferente do que foi proposto pela Emenda Constitucional n. 7, de 1977, à Constituição da República de 1967 (Emenda Constitucional n. 1, de 1969). Segundo o modelo ora proposto, o acesso ao Judiciário, antes do ajuizamento da ação na justiça administrativa, somente seria possível na hipótese de violação ao devido processo legal.

²⁰⁵ BOCHENEK, Antônio César. *A interação entre tribunais e democracia por meio do acesso aos direitos e à justiça: análise de experiência dos juizados especiais federais cíveis brasileiros*. 2012. 546 p. Tese (Doutoramento em Direito, Justiça e Cidadania no Século XXI). Faculdade de Economia e Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Portugal, 2012. Série Monografias do CEJ, v. 15, jan./abr. 2013. Brasília: Conselho da Justiça Federal, 2013, 563 p., p. 81. Disponível em: <<http://www2.cjf.jus.br/ojs2/index.php/mono/article/view/1786/1747>>. Acesso em: 15 jul. 2013.

De outro lado, a doutrina entende que, por não mais existir na Constituição da República de 1988, em seu artigo 5º, inciso XXXV, a previsão que existia na Constituição da República de 1967/1969, em seu artigo 153, § 4º, com a redação alterada pela Emenda Constitucional n. 7, de 1977, segundo o qual o acesso à justiça era condicionado ao exaurimento da via administrativa²⁰⁶, sem essa exceção constitucional, não seria possível a criação do contencioso administrativo propriamente dito.

Nesse sentido, André Ramos Tavares afirma que a consequência direta do princípio da inafastabilidade da jurisdição é a não aceitação da chamada instância administrativa forçada, com base na qual se impunha ao particular a necessidade de recorrer, previamente, às vias administrativas.²⁰⁷

Da mesma forma, leciona Alexandre de Moraes que a Constituição da República de 1988, diferentemente da anterior, afastou a necessidade da chamada jurisdição condicionada ou instância administrativa de curso forçado, com opção pela inexigibilidade de exaurimento das vias administrativas para proposição de ação judicial, pois o constituinte de 1988 excluiu a permissão que existia no texto da Constituição anterior, com redação que lhe foi dada pela Emenda Constitucional n. 7, de 1977, de condicionamento do acesso ao Judiciário.²⁰⁸

Para Diogo de Figueiredo Moreira Neto²⁰⁹, esse problema seria superado se a justiça administrativa fizesse parte do Poder Judiciário, hipótese em que se preservariam as suas características judiciárias próprias, ou seja, seria verdadeiramente um ramo do Poder Judiciário, subordinado ao Superior Tribunal de Justiça e ao Supremo Tribunal Federal.

²⁰⁶ MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. Breves considerações em torno da questão da inafastabilidade da prestação jurisdicional. *Revista da Seção Judiciária do Rio de Janeiro*, Rio de Janeiro, n. 19, p. 61-73, 2007, p. 63. Disponível em: <<http://www.ajuferjes.org.br/PDF/006Inafastabilidade.pdf>>. Acesso em: 15 ago. 2013.

²⁰⁷ TAVARES, André Ramos. *Curso de direito constitucional*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 585.

²⁰⁸ MORAES, Alexandre de. *Direitos humanos fundamentais*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1998, p. 197.

²⁰⁹ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Contencioso administrativo*. Forense: Rio de Janeiro, 1977, p. 86.

Nesse contexto, depreende-se do estudo do direito comparado que há tendência em se adotar sistema de contencioso administrativo adaptado, ou seja, diferente do modelo francês originariamente concebido.

Portanto, não seria inédito adequar-se o modelo francês à realidade do Brasil, visto que, por exemplo, na Espanha, a justiça administrativa integra o Poder Judiciário, conforme previsto nos artigos 103, 106 e 117.3 da Constituição espanhola²¹⁰; e, em Portugal, a justiça administrativa foi posta em paridade com os tribunais judiciais.²¹¹

No entanto, considera-se possível a criação da justiça administrativa integrante do Poder Executivo, situada organicamente na estrutura do Instituto Nacional do Seguro Social, com atribuição ao Poder Judiciário de fiscalização das decisões da justiça administrativa, mediante recurso ou ação autônoma de impugnação, como forma de se prestigiar o acesso a uma ordem jurídica justa.

Na verdade, o que se pretende é a alteração da Constituição da República por processo legislativo de emenda constitucional, para que seja possível obstar-se o julgamento pelas varas da justiça ordinária de determinadas demandas em face da Administração Pública Federal (aí incluído o Instituto Nacional do Seguro Social, autarquia federal), com atribuição à Justiça Federal do papel de instância revisora das decisões administrativas. Dessa forma, não haveria violação ao princípio do acesso à justiça.

Carlos da Rocha Guimarães, com inigualável propriedade, já se manifestou favoravelmente à existência da justiça administrativa no Brasil, com a possibilidade de revisão de suas decisões pelo Judiciário:

No entanto, o fato de não optarmos pela criação de um Contencioso Administrativo propriamente dito não implica em que afastemos a ideia de uma reformulação na Justiça Administrativa existente, de modo a aproximá-la de um Contencioso Administrativo, **sem**,

²¹⁰ ENTERRÍA, Eduardo Garcia. *As transformações da justiça administrativa: da sindicabilidade restrita à plenitude jurisdicional*. Belo Horizonte: Fórum, 2010, p. 52.

²¹¹ AMARAL, Diogo Freitas do; ALMEIDA, Mário Aroso de. *Grandes linhas da reforma do contencioso administrativo*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2007, p. 27.

contudo, fechar a porta para o apelo ao Judiciário, como revisor das decisões dessa Justiça. (grifo nosso).²¹²

Com base nesse raciocínio, seria possível a adoção de modelo intermediário, no qual os juízes da justiça administrativa teriam as prerrogativas necessárias para um julgamento imparcial, os impedimentos e a forma de seleção semelhantes aos dos juízes ordinários.

Assim, os magistrados da justiça administrativa teriam independência funcional para decidirem, em primeira instância, as lides administrativas sujeitas a recurso cujo julgamento seria de competência da segunda instância da Justiça Federal.

Não tem sido outra a visão da imparcialidade dos juízes nos Estados-Membros da União Europeia:

Imparcialidade judiciária é sem dúvida um dos pontos que mostra grande consistência. Esse princípio é claramente afirmado por cada Estado: formulado pela Constituição (Eslovênia); no Código de Procedimentos Judiciais (Suécia) ou no Código de Processo Civil, ou em decretos-leis específicos; na Irlanda e no Reino Unido, é um princípio consagrado no Direito Comum (*Common Law*). Diversos Estados ressaltam a influência do Artigo 6º da Convenção Europeia sobre Direitos Humanos e a sua observância subsequente³ (Estônia, Grã-Bretanha e Malta). (grifo nosso). (tradução nossa).²¹³

Nesse ponto, o modelo proposto, no qual as decisões da jurisdição administrativa podem ser revistas pelo Judiciário, se diferenciaria do contencioso administrativo francês, no qual há estrutura completa e

²¹² GUIMARÃES, Carlos da Rocha. Contencioso administrativo. *II Congresso brasileiro de direito administrativo, 1976*. 10 p. Rio de Janeiro: Imprensa Oficial, 1976, p. 4.

²¹³ O texto em língua estrangeira é: “Judicial impartiality is undoubtedly one of the points showing greatest consistency. This principle is clearly affirmed by each State: formulated in the Constitution (Slovenia); in the Judicial Procedure Code (Sweden) or in the Civil Procedure Code, or in a specific enactment governing judicial officers; in Ireland and Great Britain, it is a principle enshrined in the Common Law. Numerous States point out the influence of Article 6 of the European Convention on Human Rights and their compliance therewith³ (Estonia, Great Britain, Malta)”. OBSERVATORY FOR INSTITUTIONAL AND LEGAL CHANGES OF THE UNIVERSITY OF LIMOGES. *Administrative Justice in Europe*. Traduit par Adam Warren. 1^{ère}. Édition. Presses Universitaires de France, 2007, ISBN 978-2-13-056041-8, p. 43.

independente da justiça administrativa, sem possibilidade de recurso à justiça ordinária.²¹⁴

A necessidade de se exigir que a parte ingresse na justiça administrativa e, só em caso de violação do devido processo legal, possa propor ação na justiça comum, é vital para não se retirar a efetividade da justiça administrativa.

Em outros termos, entender-se de forma diversa seria dar razão à crítica doutrinária quando questiona: se parte vencida na justiça administrativa pode sempre recorrer à justiça comum, por que não iniciar desde logo a ação na justiça comum? Destarte, não teria utilidade a criação do contencioso administrativo, e a crítica doutrinária seria procedente.²¹⁵

A existência da justiça administrativa não é privilégio da Administração Pública, mas necessidade de tratamento diferenciado das lides originárias do exercício da atividade administrativa, que visa ao interesse público.²¹⁶

Ademais, para que não se conclua que o contencioso administrativo seria inútil, antes do ingresso na justiça comum a parte teria que comprovar que postulou na justiça administrativa; somente no caso de violação do devido processo legal seria possível postular diretamente no Poder Judiciário.

²¹⁴ O art. 111-1 do Código de Justiça Administrativa estabelece, expressamente, que o Conselho de Estado é a jurisdição administrativa suprema, julgando os recursos de cassação interpostos contra as decisões proferidas em última instância pelas diversas jurisdições administrativas. DIREITO, Carlos Gustavo. A autonomia da jurisdição administrativa na França. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 387, p. 469-476, set./out. 2006, p. 474.

²¹⁵ GALAZZI, Eduardo Lobo Botelho. *Justiça administrativa*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1986, p. 147.

²¹⁶ Em vista das constatações acima, questiona-se: ainda se justifica a existência de um regime jurídico diferenciado para o Poder Público ou, em suma, do próprio direito administrativo? Sim, para a efetividade da própria Constituição e a consecução de seus fins forçoso admitir que o Estado é diferente dos particulares e, portanto, necessita de um regime diferenciado, resguardadas, é claro, a proporcionalidade e razoabilidade deste. Tanto é verdade que mesmo no *common law* houve a formação de um direito administrativo a partir do surgimento e desenvolvimento das agências reguladoras. GRANDE JÚNIOR, Cláudio. O controle interno de constitucionalidade exercido pelas procuradorias-gerais dos Estados e do Distrito Federal. *Revista de Doutrina da 4ª Região*, Porto Alegre, n. 11, maio 2006. Disponível em: <http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao011/claudio_junior.htm>. Acesso em: 15 jun. 2013.

Logo, propõe-se a criação de contencioso administrativo diferente do previsto pela Emenda Constitucional n. 7, de 1977, à Constituição da República de 1967 (Emenda Constitucional n. 1, de 1969)²¹⁷, pois os tribunais administrativos fariam parte do Poder Executivo, e suas decisões seriam, formal e materialmente, jurisdicionais, com recurso ao Poder Judiciário, o que não ocorria no contencioso administrativo anteriormente previsto.

Dessa forma, não deve prosperar o argumento de violação do acesso à justiça, a se considerar que, quando houvesse violação do devido processo legal na justiça administrativa, seria possível aos litigantes recorrer ao Judiciário, pela anulação da decisão, e, em caso de erro na valoração de provas, pela reforma da sentença proferida na justiça administrativa.

O Judiciário, assim, se afastaria da fase instrutória e decisória da lide, na primeira instância; no entanto, poderia atuar na fase recursal, caso o cidadão ou o Poder Público optassem por recorrer da sentença proferida pela justiça administrativa previdenciária.

Em síntese, em vez de se obstar o acesso ao Judiciário, apenas se posterga para a fase recursal o conhecimento da matéria decidida na jurisdição administrativa previdenciária. Caso não seja interposto recurso, a decisão do contencioso administrativo faz coisa julgada material e formal.

Na prestação da jurisdição administrativa previdenciária não devem ser cobradas custas processuais para o ajuizamento das ações, como ocorre, atualmente, nos juizados especiais federais²¹⁸, com o objetivo de se assegurar amplo e irrestrito acesso à justiça administrativa.

²¹⁷ A Constituição de 1967, desde a Emenda Constitucional n. 1, de 17 de outubro de 1969, já continha o nebuloso art. 111, a respeito do qual dissentiam os publicistas. Alguns, nele viam uma fenda no sistema de jurisdição una, com a abertura da possibilidade de criação de tribunais administrativos do Poder Executivo com funções formalmente jurisdicionais, com definitividade em suas decisões; outros, não lhe admitiam mais que a previsão de órgãos administrativos com funções apenas materialmente jurisdicionais, com suas decisões sujeitas à apreciação plena do Poder Judiciário. MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Contencioso administrativo*. Forense: Rio de Janeiro, 1977, p. 70.

²¹⁸ A sentença não condenará o vencido ao pagamento de custas e honorários de advogado, salvo nos casos de litigância de má-fé (art. 55 da Lei n. 9.099/95; art. 1º da Lei n. 10.259/2001). Os valores devidos às pessoas habilitadas à realização de perícia ou exame técnico são antecipados à conta de verba orçamentária do respectivo Tribunal Regional Federal (artigo 12 da Lei n. 10.259/2001), e, na maioria dos casos, não são reembolsadas pela parte, em regra, hipossuficiente. BOCHENEK, Antônio César. *A interação entre tribunais e democracia por meio do acesso aos direitos e à justiça:*

Por fim, entende-se, em razão do que antes exposto, não existir inconstitucionalidade na reintrodução do contencioso administrativo no Brasil, pois, nos termos propostos, tal contencioso não se assemelha ao modelo de contencioso administrativo francês²¹⁹, nem ao previsto na Emenda Constitucional n. 7, de 1977, à Constituição Federal de 1967 (Emenda Constitucional n. 1, de 1969).

É relevante registrar que o modelo francês, diferentemente do ora proposto, não consagra, na atual Constituição da França, o Judiciário como Poder, mas, tão somente, como “Autoridade Judiciária” (artigo 64 da Constituição de 1958), a qual tem sua independência mantida pelo Presidente da República. Dessa forma, a justiça administrativa não tem previsão constitucional, e a justiça comum é tratada como “Autoridade Judiciária”; ambas são diretamente vinculadas ao Governo francês.²²⁰

3.1.3 As matérias de competência do contencioso administrativo

A definição do âmbito da jurisdição administrativa é tema que ainda não encontrou, no direito comparado, sua exata e uniforme compreensão; continua, portanto, a reclamar exame para solução do problema.

Nesse contexto, ao analisar outros ordenamentos jurídicos, Diogo de Figueiredo Moreira Neto concluiu que a partilha de competência entre os

análise de experiência dos juizados especiais federais cíveis brasileiros. 2012. 546 p. Tese (Doutoramento em Direito, Justiça e Cidadania no Século XXI). Faculdade de Economia e Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Portugal, 2012. Série Monografias do CEJ, v. 15, jan./abr. 2013. Brasília: Conselho da Justiça Federal, 2013, 563 p., p. 35. Disponível em: <<http://www2.cjf.jus.br/ojs2/index.php/mono/article/view/1786/1747>>. Acesso em: 15 jul. 2013.

²¹⁹ Na França, a lei não é a principal fonte do direito administrativo. A sua principal fonte é a jurisprudência elaborada pela jurisdição administrativa, especialmente o Conselho de Estado. BINENBOJM, Gustavo. Da supremacia do interesse público ao dever de proporcionalidade: um novo paradigma para o direito administrativo. *Revista de Direito da Procuradoria-Geral do Estado do Rio de Janeiro*, Rio de Janeiro, n. 59, p. 49-82, 2005, p. 51. Disponível em: <<http://www.rj.gov.br/web/pge/exibeConteudo?article-id=769078>>. Acesso em: 15 jun. 2013.

²²⁰ DIREITO, Carlos Gustavo. A autonomia da jurisdição administrativa na França. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 387, p. 469-476, set./out. 2006, p. 469-470.

tribunais administrativos e os tribunais ordinários é feita com base em critérios bastante imprecisos.²²¹

Continua o autor com afirmação de que, na Europa, existe tendência generalizada de se instituírem tribunais administrativos com cláusulas gerais ou parciais de competência.²²²

Na União Europeia, em regra, em quase todos os países, a jurisdição administrativa e a ordinária são fortemente entrelaçadas, e o critério adotado para a distribuição dessa competência varia profundamente.

Somente a Grécia e, em menor grau, França e Itália possuem jurisdições administrativas mais amplas, com poderes para decisão de todas as questões de litígio administrativo.²²³

Assim, o contencioso contratual **pode ser apreciado pelas jurisdições de lei ordinária**¹ (Na Áustria, Lituânia, Luxemburgo e Suécia). De forma semelhante, o contencioso de cunho indenizatório **pode ser apreciado por jurisdições não administrativas em certos Estados**² (Na Áustria, Finlândia, Hungria, Luxemburgo e Suécia). Há, entretanto, algumas exceções: na Finlândia, enquanto ações de cunho indenizatório são distribuídas às jurisdições cíveis e criminais, **danos indenizatórios, ambientais e danos à água continuam dentro da competência das jurisdições administrativas**. Na Alemanha, o contencioso de cunho indenizatório é dividido entre as jurisdições administrativas e as de lei ordinária: **as jurisdições administrativas recebem ações de cunho indenizatório relacionadas a contratos de direito público, o serviço público, ou dano proveniente de ilegalidade de um ato administrativo**, enquanto outras demandas de indenização são apreciadas por cortes ordinárias, particularmente em casos de desapropriação. Em Portugal, por tradição, o contencioso de cunho indenizatório **proveniente de desapropriação ainda é reservado às jurisdições ordinárias**. Na Bélgica, as cortes ordinárias inferiores e de apelação, não as cortes administrativas especializadas, **possuem**

²²¹ 1º critério: distinguir o contencioso subjetivo (tribunal ordinário) do contencioso objetivo (tribunal administrativo) (exemplo representativo: Itália). 2º critério: distinguir o contencioso do direito público (tribunal administrativo) do contencioso de direito privado (tribunal ordinário) (exemplo representativo: Alemanha). 3º critério: distinguir o contencioso que versa sobre os litígios relativos aos serviços públicos (tribunal administrativo) do contencioso que versa sobre outros litígios (tribunal ordinário). MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Tribunais administrativos para o controle da legalidade dos atos do poder público na República Federativa do Brasil* (tese de docência). Rio de Janeiro: Borsoi, 1971, p. 26.

²²² MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Tribunais administrativos para o controle da legalidade dos atos do poder público na República Federativa do Brasil* (tese de docência). Rio de Janeiro: Borsoi, 1971, p. 28.

²²³ OBSERVATORY FOR INSTITUTIONAL AND LEGAL CHANGES OF THE UNIVERSITY OF LIMOGES. *Administrative Justice in Europe*. Traduit par Adam Warren. 1^{ère} Édition. Presses Universitaires de France, 2007, ISBN 978-2-13-056041-8, p. 21.

poderes de julgar a responsabilidade civil, contratual ou extracontratual das autoridades administrativas. O mesmo [preceito] se aplica nos casos da Finlândia e de Luxemburgo, ainda que os seus sistemas jurisdicionais sejam completamente diferentes. (grifo nosso). (tradução nossa).²²⁴

A competência para julgamento de litígios referentes a atos administrativos ou ações de autoridades administrativas no exercício de prerrogativas de agente público é, na maioria dos países da União Europeia, reservada à justiça administrativa ou a órgãos da justiça ordinária especializados em lides administrativas.²²⁵

A jurisdição administrativa espanhola se baseia em cláusula geral, que estabelece a competência da justiça administrativa para conhecimento das lides que envolvam direito administrativo.

Em outros termos, a competência, na Espanha, é fixada *ratione materiae* (em razão da matéria), mas não há rol taxativo ou exemplificativo do que seja matéria de direito administrativo. Logo, esse papel delimitador do que seria “matéria” de direito administrativo fica a cargo da doutrina e da jurisprudência.

²²⁴ O texto em língua estrangeira é: “Thus, contract litigation may be handled by the ordinary-law jurisdictions¹ (In Austria, Lithuania, Luxembourg and Sweden.) . Similarly, litigation seeking reparation may be handled by non-administrative jurisdictions in certain States² (In Austria, Finland Hungary, Luxembourg and Sweden.) . There are, however, some exceptions: in Finland, while actions seeking reparation are assigned to the civil and criminal jurisdictions, indemnification and environmental and water damage remain within the province of the administrative jurisdictions. In Germany, litigation in reparation is shared between the administrative jurisdictions and the ordinary-law jurisdictions: the administrative jurisdictions hear actions in reparation relating to public-law contracts, the public service, or damage arising from the illegality of an administrative act, while other applications for indemnification are handled by the ordinary courts, particularly in expropriation cases. In Portugal, by tradition, compensation litigation arising from expropriation is still reserved to the ordinary jurisdictions. In Belgium, the ordinary lower and appeal courts, not the specialist administrative courts, have powers to try the civil, contractual or extra-contractual liability of the administrative authorities. The same applies in the case of Finland and Luxembourg, even though their jurisdictional systems differ widely”. OBSERVATORY FOR INSTITUTIONAL AND LEGAL CHANGES OF THE UNIVERSITY OF LIMOGE. *Administrative Justice in Europe*. Traduit par Adam Warren. 1^{ère}. Édition. Presses Universitaires de France, 2007, ISBN 978-2-13-056041-8, p. 23.

²²⁵ “Em todos os países europeus estudados, as cortes administrativas, intimamente interligadas com as jurisdições de leis ordinárias, são claramente parte do Poder Judiciário.” O texto em língua estrangeira é: “In all the European countries studied, the administrative courts, being closely interlinked with the ordinary-law jurisdictions, are clearly part of the judiciary power.” OBSERVATORY FOR INSTITUTIONAL AND LEGAL CHANGES OF THE UNIVERSITY OF LIMOGE. *Administrative Justice in Europe*. Traduit par Adam Warren. 1^{ère}. Édition. Presses Universitaires de France, 2007, ISBN 978-2-13-056041-8, p. 29.

Por outro lado, a legislação espanhola contém cláusula geral negativa de competência da jurisdição administrativa contenciosa, segundo a qual são excluídas as questões referentes ao direito civil ou penal, a atos políticos e a conflitos de competência com a justiça comum.²²⁶

Na Espanha, com a Lei de Santamaría de Paredes, de 1888, substituiu-se o “sistema de listagem” de competência por verdadeira “cláusula geral”.²²⁷

Em Portugal, não havia definição da competência da jurisdição administrativa e da jurisdição comum para análise de lides advindas de responsabilidade civil e de contratos.

São conhecidas as proverbiais dificuldades que coloca a delimitação do âmbito da jurisdição administrativa em matéria de responsabilidade civil e de contratos, baseada na aplicação dos critérios de distinção (de contornos desde sempre imprecisos) entre actuações de gestão pública e actuações de gestão privada e entre contratos administrativos e contratos de direito privado da Administração.²²⁸

Entretanto, com a Reforma do Contencioso Administrativo de Portugal, pela Lei n. 15, de 2002²²⁹, a jurisdição administrativa passou a ter competência sobre todas as lides que envolvessem responsabilidade civil extracontratual da Administração Pública, decorrente de atos de gestão pública ou de gestão privada.

Dessa forma, competem à jurisdição administrativa, em Portugal, as questões de responsabilidade por danos causados pela atividade legislativa e

²²⁶ GUALAZZI, Eduardo Lobo Botelho. *Justiça administrativa*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1986, p. 72-73.

²²⁷ ENTERRÍA, Eduardo Garcia. *As transformações da justiça administrativa: da sindicabilidade restrita à plenitude jurisdicional*. Belo Horizonte: Fórum, 2010, p. 42-43.

²²⁸ AMARAL, Diogo Freitas do; ALMEIDA, Mário Aroso de. *Grandes linhas da reforma do contencioso administrativo*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2007, p. 34.

²²⁹ Várias inovações foram feitas, como, por exemplo, unificaram-se as ações sobre contratos, responsabilidade civil, possibilidade de condenação da Administração à prática de atos, cumulação de pedidos, introduzem-se as cautelares específicas e não específicas, reforça-se o processo de execução. AMARAL, Diogo Freitas do; ALMEIDA, Mário Aroso de. *Grandes linhas da reforma do contencioso administrativo*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2007, p. 5-6.

judiciária, com exclusão dos casos de erro judiciário e ações de regresso contra magistrados.²³⁰

Em Portugal, os conflitos de jurisdição entre os tribunais administrativos e os tribunais judiciais são da competência de um tribunal misto: o Tribunal de Conflitos.²³¹

Pode-se afirmar que, em relação às matérias de competência do contencioso administrativo, a doutrina divide o assunto em dois sistemas, quais sejam, o absoluto e o moderado. Como bem expõe Marcos Afonso Borges sobre a divisão da competência do contencioso administrativo,

a primeira, **denominada de sistema absoluto**, é aquela que abrange todos os litígios em que a Administração é parte. A segunda caracteriza o **sistema moderado**, em que os atos administrativos, ditos de “império” (12) são submetidos à apreciação de órgão da administração e os denominados de “gestão” (13) à justiça comum. (grifo nosso).²³²

Nessa perspectiva, os atos de império são aqueles em que a Administração Pública faz uso de sua supremacia em relação ao administrado; já os atos de gestão são aqueles em que a Administração, ao administrar seu patrimônio, atua como o particular.²³³

Dessa classificação depreende-se que as lides que envolvem atos de império, regidos pelo direito público, devem ser julgadas pelos tribunais administrativos; já as lides que envolvem atos de gestão devem ser julgadas pelos tribunais judiciais.

No que se refere à matéria da competência da justiça administrativa no Brasil, entende-se que deveriam ser adotados os critérios *ratione materiae*

²³⁰ AMARAL, Diogo Freitas do; ALMEIDA, Mário Aroso de. *Grandes linhas da reforma do contencioso administrativo*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2007, p. 36-37.

²³¹ CAETANO, Marcello. *Manual de direito administrativo*. 10. ed. Coimbra: Almedina, 2010, p. 28.

²³² BORGES, Marcos Afonso. Meios de invadir o ato administrativo no Brasil. *Revista da Faculdade de Direito da UFG, Goiás*, v. 7, n. 1-2, p. 53-64, jan./dez. 1983, p. 55. Disponível em: <<http://revistas.ufg.br/index.php/revfd/article/view/11423/7505>>. Acesso em: 15 jun. 2013.

²³³ Esta velha distinção está em desuso desde o final do século passado por imprecisa, inexata e haver perdido sua função primordial (excluir responsabilidade do Estado pela prática dos primeiros [atos de império], e admiti-la para os segundos [atos de gestão]). MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 22. ed. São Paulo: Malheiros, p. 413.

(aplicação do Direito Previdenciário) e *ratione personae* (presença do Instituto Nacional do Seguro Social, autarquia federal, como parte no processo).

Assim, devem ser incluídas na competência da justiça administrativa previdenciária as questões relativas à anulação de atos administrativos nos pedidos de concessão de benefícios previdenciários e assistenciais, excluídas as referentes aos contratos administrativos e ações relativas a imóveis de propriedade do Instituto Nacional do Seguro Social, as quais, por suas especificidades, devem permanecer na competência da justiça ordinária.

Dessa forma entende Carlos da Rocha Guimarães:

A razão dessa diversidade de posições se origina de acharmos que os atos administrativos, em regra, se apoiam em leis específicas que tratam de matéria típica de direito público como: posturas, licenças, e várias outras manifestações do poder de polícia administrativa, ao passo que **os contratos administrativos, ainda que tendo como conteúdo e finalidade matéria de direito público, têm também pela sua forma, pelas suas cláusulas, enfim pela maleabilidade na sua formulação, grande afinidade com os contratos de direito privado.**(grifo nosso).²³⁴

Assiste razão ao autor²³⁵ quando conclui ser conveniente a criação de justiça administrativa para apreciação dos atos administrativos e não para decisão de lides que tenham como causa de pedir questões relativas a contratos da Administração Pública (incluídas as autarquias federais), pois esses, apesar de serem regidos pelo direito público, na maioria dos casos, exigem conhecimento de direito civil, notadamente do direito das obrigações e de responsabilidade civil.

Deve-se ressaltar, mais uma vez, ser evidente equívoco o entendimento de que a delegação de competência do Judiciário para os tribunais administrativos previdenciários viola o princípio da separação dos poderes estatais, porque isso decorre da leitura clássica da teoria da separação dos poderes, dissociada do contexto histórico em que foi concebida, sob a égide de um Estado liberal, em que o Judiciário era visto como um Poder de

²³⁴ GUIMARÃES, Carlos da Rocha. Contencioso administrativo. *II Congresso brasileiro de direito administrativo*, 1976. 10 p. Rio de Janeiro: Imprensa Oficial, 1976, p. 4-5.

²³⁵ GUIMARÃES, Carlos da Rocha. Contencioso administrativo. *II Congresso brasileiro de direito administrativo*, 1976. 10 p. Rio de Janeiro: Imprensa Oficial, 1976, p. 4.

segunda categoria, no qual o juiz era mero aplicador da lei, neutro e imparcial; não havia espaço para o Judiciário desempenhar papel garantidor de direitos fundamentais de milhares de cidadãos.

Assim, com a remodelação do papel do Judiciário no Estado neoliberal, muitas ações, para defesa de novos direitos, foram ajuizadas nos tribunais em todo o mundo, e, no Brasil pós-constituente de 1988, após o povo ter-se libertado do jugo de anos de ditadura, não poderia ser outro o quadro de descoberta de instituições democráticas por todas as classes sociais.

Em outras palavras, houve crescente procura pela efetivação e concretização de direitos fundamentais, notadamente pelas inúmeras demandas decorrentes de relações de consumo e em face do Instituto Nacional do Seguro Social, em matéria previdenciária.

Destarte, nos últimos anos, ocorreu aumento considerável do número de processos distribuídos na primeira instância da Justiça Federal, sobretudo nos juizados especiais federais, criados pela Lei n. 10.259, de 2001.

O Centro Brasileiro de Estudos e Pesquisas Judiciais e a Secretaria de Reforma do Judiciário (2007) realizaram uma investigação ampla com levantamentos sobre os gargalos estruturais da primeira instância da justiça. O trabalho atual e oportuno levou o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) a propor um “pacto social” para a reforma dos juizados. **A pesquisa constatou que juizados especiais federais receberam 1,7 milhão de novos processos em 2004, enquanto a primeira instância da Justiça Federal protocolou 960 mil novas ações.** (grifo nosso).²³⁶

O número excessivo de litígios em andamento na Justiça Federal tem como causa ação ou omissão dos órgãos estatais e o abuso do direito de recorrer pelo Poder Público (incluídas as autarquias federais), e contribui, de forma significativa, para a morosidade na prestação jurisdicional.

²³⁶ BOCHENEK, Antônio César. *A interação entre tribunais e democracia por meio do acesso aos direitos e à justiça: análise de experiência dos juizados especiais federais cíveis brasileiros*. 2012. 546 p. Tese (Doutoramento em Direito, Justiça e Cidadania no Século XXI). Faculdade de Economia e Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Portugal, 2012. Série Monografias do CEJ, v. 15, jan./abr. 2013. Brasília: Conselho da Justiça Federal, 2013, 563 p., p. 255. Disponível em: <<http://www2.cjf.jus.br/ojs2/index.php/mono/article/view/1786/1747>>. Acesso em: 15 jul. 2013.

Assim, a retirada de questões que, hodiernamente, são decididas pela Justiça Federal em primeira instância, com seu redirecionamento aos tribunais administrativos previdenciários, contribuirá, de forma significativa, em relação às demandas em face do Instituto Nacional do Seguro Social, para a redução da morosidade na prestação jurisdicional²³⁷, em razão da especialização dos julgadores dos tribunais administrativos, além do quantitativo de tais tribunais, muito maior que o de juizados especiais federais, sem grande custo para o Poder Público, pois integrantes da estrutura já existente do Instituto Nacional do Seguro Social.

Também, como consectário lógico da criação da justiça administrativa previdenciária, haverá diminuição da quantidade de ações em andamento na justiça ordinária e, de forma positiva, haverá mais tempo para os magistrados da justiça ordinária se dedicarem à análise de casos mais complexos.

Por outro lado, a criação de contenciosos administrativos previdenciários, integrantes da estrutura do Instituto Nacional do Seguro Social, também em municípios do interior do País, facilitará o acesso do segurado ou beneficiário da Previdência Social à justiça (administrativa), visto que, apesar do aumento significativo de juizados especiais federais, desde a sua criação pela Lei n. 10.259/2001, ainda há muitos municípios no interior do País que não dispõem de juizado especial federal. Em tal situação, o segurado da Previdência Social, atualmente, pode ajuizar a ação perante a justiça estadual (artigo 109, § 3º, da Constituição da República de 1988), reconhecidamente mais morosa que a Justiça Federal.

Conclui-se, assim, que a criação de contenciosos administrativos previdenciários, com aproveitamento da estrutura já existente do Instituto Nacional do Seguro Social, contribuirá, significativamente, para a celeridade

²³⁷ A morosidade da justiça é um dos principais fatores de violação dos direitos, uma vez que retarda a solução do conflito àqueles que esperam por uma decisão. BOCHENEK, Antônio César. *A interação entre tribunais e democracia por meio do acesso aos direitos e à justiça: análise de experiência dos juizados especiais federais cíveis brasileiros*. 2012. 546 p. Tese (Doutoramento em Direito, Justiça e Cidadania no Século XXI). Faculdade de Economia e Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Portugal, 2012. Série Monografias do CEJ, v. 15, jan./abr. 2013. Brasília: Conselho da Justiça Federal, 2013, 563 p., p. 273. Disponível em: <<http://www2.cjf.jus.br/ojs2/index.php/mono/article/view/1786/1747>>. Acesso em: 15 jul. 2013.

na prestação jurisdicional, com baixo custo para o Poder Público, e facilitará o acesso à justiça pelos beneficiários da Previdência Social, especialmente no interior do País.

3.1.4 As limitações impostas ao contencioso administrativo

No que diz respeito à possibilidade de impugnação dos atos administrativos na jurisdição administrativa, aplicam-se, nesse ponto, as mesmas limitações impostas ao Poder Judiciário quando analisa atos administrativos ilegais.

Cabe registrar, aqui, que, embora os atos administrativos gozem de presunção de legalidade, muitas são as situações em que tais atos do Poder Público lesionam direitos individuais e coletivos.

De fato, considera-se que, no Estado Democrático de Direito, os Poderes do Estado estão submetidos à lei em sentido formal²³⁸ e “ao Direito, abrangendo todos os valores inseridos expressa ou implicitamente na Constituição”²³⁹. Os atos administrativos não são, portanto, imunes ao controle exercido pelos tribunais judiciais e administrativos.

Sucedem que, antes da Constituição da República de 1988, para autores como José Cretella Júnior, excluía-se do controle judicial a análise do mérito dos atos do Poder Público, ou seja, a valoração dos motivos para a prática do ato, consubstanciados na oportunidade e conveniência na escolha do objeto do ato.²⁴⁰

Por outro lado, é necessário ter em mente que o ato administrativo diferencia-se do ato jurídico comum por possuir alguns atributos próprios

²³⁸ Na França, falar em princípio da legalidade significa falar, primordialmente, em submissão à jurisprudência elaborada pelos órgãos de jurisdição administrativa. BINENBOJM, Gustavo. Da supremacia do interesse público ao dever de proporcionalidade: um novo paradigma para o direito administrativo. *Revista de Direito da Procuradoria-Geral do Estado do Rio de Janeiro*, Rio de Janeiro, n. 59, p. 49-82, 2005, p. 51. Disponível em: <<http://www.rj.gov.br/web/pge/exibeConteudo?articleid=769078>>. Acesso em: 15 jun. 2013.

²³⁹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Inovações no direito administrativo brasileiro*. Interesse Público, ano 6, n. 30, p. 39-58, mar./abr. 2005. Porto Alegre: Notadez, 2005, p. 47.

²⁴⁰ Segundo ele, a apreciação do mérito administrativo caberia, apenas, ao administrador, sob presunção de legitimidade da “melhor escolha”. CRETELLA JÚNIOR, José. *Dos atos administrativos especiais*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995, p. 266.

como presunção de legalidade, autoexecutoriedade, imperatividade e exigibilidade.²⁴¹

Odete Medauar, em perspectiva conceitual moderna, afirma que o ato administrativo não deve ser tratado como manifestação de vontade do Estado, pois tal conceito poderia levar à ideia de “vontade” em sentido subjetivo, com afronta, assim, ao princípio da impessoalidade.

Portanto, o ato administrativo expressa as decisões proferidas sob a luz da legalidade, por agentes estatais, para produzir efeitos jurídicos.

Segundo Odete Medauar, o ato administrativo é

um dos modos de expressão das decisões tomadas por órgãos e autoridades da Administração Pública, que produz efeitos jurídicos, em especial no sentido de reconhecer, modificar, extinguir direitos ou impor restrições e obrigações, com observância da legalidade.²⁴²

Em outros termos, o ato administrativo é aquele praticado por agentes públicos de qualquer dos Poderes do Estado, no exercício de atividade administrativa, com observância dos princípios da legalidade²⁴³, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência.

Marcelo Caetano entende que não é cabível impugnação de atos administrativos perante os tribunais judiciais, a se levar em consideração a impossibilidade de o Poder Judiciário intervir nos atos da Administração Pública, notadamente por ser outro Poder do Estado.²⁴⁴

Continua o autor:

Mas para que os tribunais judiciais, por sua vez, mantivessem o poder judicial era necessário que pudessem juntar à faculdade e declarar ou definir o direito, a autoridade coercitiva necessária para impor a execução das suas sentenças. Ora, os meios de coação pertencem à Administração: **os tribunais judiciais não têm poder**

²⁴¹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 403.

²⁴² MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*. 14. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 140.

²⁴³ Daí resulta o princípio da legalidade, segundo o qual nenhum órgão ou agente da Administração Pública tem a faculdade de praticar actos que possam contender com interesses alheios senão em virtude de uma norma geral anterior. CAETANO, Marcello. *Manual de direito administrativo*. 10. ed. Coimbra: Almedina, 2010, p. 31.

²⁴⁴ CAETANO, Marcello. *Manual de direito administrativo*. 10. ed. Coimbra: Almedina, 2010, p. 31.

para coagir os órgãos da Administração Pública se estes não acatarem as suas decisões. De modo que ficaríamos perante uma grave situação, negativa simultaneamente dos poderes administrativo e judicial. Se o Poder Administrativo tiver os seus próprios tribunais, tudo se concilia e ordena. (grifo nosso).²⁴⁵

Impõe-se, assim, concordar com a conclusão da citação acima, uma vez que são conhecidas as dificuldades práticas para se compelir a Administração a cumprir as decisões judiciais, e, em muitos casos, a imposição de multa, chamada *astreintes*, é a única medida capaz de compelir a Administração Pública a cumprir a obrigação em que condenada.

Portanto, é conveniente que a Administração Pública tenha seus próprios tribunais.

No entendimento de Marcello Caetano, determinada categoria de atos não é suscetível de controle judicial, qual seja, a dos atos políticos e técnicos, uma vez que não são regulados por lei e não podem ser objeto de anulação (cessação de efeitos jurídicos).²⁴⁶

Cabe frisar que, na França, o Conselho de Estado, desde o século XIX, desenvolveu firme jurisprudência sobre os limites da jurisdição administrativa, com exclusão do seu exame dos “atos de governo” e dos “atos de pura administração”.²⁴⁷

Importante salientar, também, que, na Espanha, com a Lei de Santamaría de Paredes, de 1888, se substituiu o “sistema de listagem” de competência por “cláusula geral”. No entanto, a referida lei estabeleceu que alguns atos administrativos eram imunes ao controle do tribunal administrativo, quais sejam, atos derivados do poder regulamentar, atos políticos e atos discricionários. Segundo Eduardo Garcia Enterría, essa

²⁴⁵ CAETANO, Marcello. *Manual de direito administrativo*. 10. ed. Coimbra: Almedina, 2010, p. 37.

²⁴⁶ CAETANO, Marcello. *Manual de direito administrativo*. 10. ed. Coimbra: Almedina, 2010, p. 30-31.

²⁴⁷ BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do direito administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 14.

legislação, lamentavelmente, se manteve por setenta anos, até o advento da Lei Jurisdicional de 1956.²⁴⁸

Nessa linha, atualmente, na Espanha, um ato normativo (decreto) de 1998 autoriza os tribunais administrativos a julgarem todos os atos governamentais, ações que garantam a proteção dos direitos fundamentais e ações de reparação de danos.²⁴⁹

Hodiernamente, em alguns países da União Europeia²⁵⁰, não há nenhuma exceção ao controle da legalidade dos atos da Administração Pública; em tais países, nenhum ato administrativo está isento da fiscalização judicial.

Os atos administrativos regulamentares seriam imunes à apreciação judicial, pois somente atos individualizados de aplicação concreta causariam lesão, e a aprovação do regulamento pressupõe “ato de governo”. Essa imunidade privilegiaria a agressão causada por regulamentos ilegais.²⁵¹

Segundo Diogo de Figueiredo Moreira Neto²⁵², a parte discricionária do ato administrativo é a valoração dos motivos, entre os quais a oportunidade e a escolha do objeto.²⁵³

²⁴⁸ ENTERRÍA, Eduardo García. *As transformações da justiça administrativa: da sindicabilidade restrita à plenitude jurisdicional*. Belo Horizonte: Fórum, 2010, p. 42-55.

²⁴⁹ OBSERVATORY FOR INSTITUTIONAL AND LEGAL CHANGES OF THE UNIVERSITY OF LIMOGES. *Administrative Justice in Europe*. Traduit par Adam Warren. 1^{ère} Édition. Presses Universitaires de France, 2007, ISBN 978-2-13-056041-8, p. 53.

²⁵⁰ Dinamarca, Hungria, Irlanda e Letônia. OBSERVATORY FOR INSTITUTIONAL AND LEGAL CHANGES OF THE UNIVERSITY OF LIMOGES. *Administrative Justice in Europe*. Traduit par Adam Warren. 1^{ère} Édition. Presses Universitaires de France, 2007, ISBN 978-2-13-056041-8, p. 52.

²⁵¹ ENTERRÍA, Eduardo García, *As transformações da justiça administrativa: da sindicabilidade restrita à plenitude jurisdicional*. Belo Horizonte: Fórum, 2010, p. 52-53.

²⁵² MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Tribunais administrativos para o controle da legalidade dos atos do poder público na República Federativa do Brasil* (tese de docência). Rio de Janeiro: Borsoi, 1971, p. 48-49.

²⁵³ O poder de escolha, característico do poder discricionário, relaciona-se com o “se” e com o “como” da ação administrativa ou com ambos. O Poder de eleição entre praticar ou deixar de praticar determinado ato (escolha quanto ao “se”) exprime a margem mínima de poder discricionário. MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Tribunais administrativos para o controle da legalidade dos atos do poder público na República Federativa do Brasil* (tese de docência). Rio de Janeiro: Borsoi, 1971, p. 100.

Daí ocorrerá nulidade do ato discricionário quando não existirem os motivos apontados para a sua prática, ou se se apontar motivo falso, errôneo, putativo ou inexistente.

Assim, seria possível afirmar que o Poder Judiciário não pode promover o controle do mérito administrativo, no sentido de **não poder se intrometer em questões administrativas de conveniência e oportunidade propriamente ditas**; poderá, contudo, fazer o controle no mérito administrativo, no sentido de que **está legitimado a realizar o controle da validade formal e substancial das decisões discricionárias, mesmo que para isso tenha de analisar a escolha que foi realizada pela Administração Pública**. (grifo nosso).²⁵⁴

De outro lado, nos Estados Unidos da América, além do autocontrole dos atos administrativos por parte da Administração, há, ainda, a “execução da vontade do Estado por via judiciária”; isso ocorre em razão da cláusula de *due process of law*, segundo a qual o Poder Judiciário pode examinar, amplamente, os atos administrativos discricionários, para afastar possíveis desvios no exercício do poder de polícia da Administração Pública.²⁵⁵

Segundo um sistema de Direito Administrativo americano, o cidadão que for lesado por ato governamental irregular deve dispor de um recurso. Para que esse recurso produza algum efeito, deve ser levado ao julgamento de algum órgão inteiramente independente da administração ativa. Nos países de D. consuetudinário, esse recurso é tradicionalmente apresentado aos tribunais de Justiça comuns.²⁵⁶

No Brasil, apesar de se adotar o sistema de controle jurisdicional dos atos administrativos originário da Inglaterra e aperfeiçoado nos Estados Unidos da América, segundo o qual todos os atos administrativos se submetem à jurisdição da justiça comum, não é cabível o controle judicial da

²⁵⁴ MAFFINI, Rafael. Discricionariiedade administrativa: controle de exercício e controle de atribuição. *Revista da Procuradoria-Geral do Município de Juiz de Fora – RPGMJF*, Belo Horizonte, ano 2, n. 2, p. 257-271, jan./dez. 2012, p. 260. Disponível em: <<http://www.pjf.mg.gov.br/pgm/revista2012.php>>. Acesso em: 15 ago. 2013.

²⁵⁵ CRUZ, Maria da Penha Almeida. As garantias jurisdicionais dos administrados no direito constitucional norte-americano e brasileiro. *II Congresso Brasileiro de Direito Administrativo*, 1976, 18 p. Rio de Janeiro: Imprensa Oficial, 1976, p. 6.

²⁵⁶ CRUZ, Maria da Penha Almeida. As garantias jurisdicionais dos administrados no direito constitucional norte-americano e brasileiro. *II Congresso Brasileiro de Direito Administrativo*, 1976, 18 p. Rio de Janeiro: Imprensa Oficial, 1976, p. 8.

discricionariedade administrativa propriamente dita; entretanto, esse controle é feito de forma indireta.²⁵⁷

Logo, pode-se afirmar que não cabe controle judicial da conveniência e oportunidade do ato administrativo; no entanto, cabe controle judicial dos limites da conveniência e oportunidade na prática do ato, pois toda atuação estatal está sujeita à ordem jurídica e, assim, ao controle jurisdicional da observância de tal submissão.²⁵⁸

Por outro lado, entende-se que, nos atos administrativos discricionários, é possível o controle judicial dos motivos, da finalidade e da causa do ato, tais são os limites ao exercício da discricionariedade administrativa.²⁵⁹

Com o surgimento do Estado Democrático de Direito, a atividade da Administração Pública, além de observar o princípio da legalidade, deve pautar-se pela ordem jurídica como um todo, notadamente pelos princípios constitucionais, instrumentos de conformação do conteúdo da decisão discricionária.²⁶⁰ Essa obediência à ordem jurídica é o que se denomina juridicidade administrativa.

Portanto, não há mais espaço para se excluirmos os atos discricionários do controle judicial, seja pela jurisdição ordinária seja pela jurisdição administrativa, com base na premissa da liberdade decisória do

²⁵⁷ É o Poder Judiciário que exerce o controle do ato administrativo, mas, no entanto, a sua competência se restringe ao controle da legalidade ou legitimidade do ato. Não lhe cabe entrar no mérito, no motivo do ato administrativo que é prerrogativa do executivo. Temos, pois, um limite de controle, no sentido de só examiná-lo sob o prisma da legalidade. CRUZ, Maria da Penha Almeida. *As garantias jurisdicionais dos administrados no direito constitucional norte-americano e brasileiro. II Congresso Brasileiro de Direito Administrativo*, 1976, 18 p. Rio de Janeiro: Imprensa Oficial, 1976, p. 6.

²⁵⁸ MAFFINI, Rafael. Discricionariedade administrativa: controle de exercício e controle de atribuição. *Revista da Procuradoria-Geral do Município de Juiz de Fora – RPGMJF*, Belo Horizonte, ano 2, n. 2, p. 257-271, jan./dez. 2012, p. 260. Disponível em: <<http://www.pjf.mg.gov.br/pgm/revista2012.php>>. Acesso em: 15 ago. 2013.

²⁵⁹ Não há como correr-se de erros na matéria sem se aperceber que a discricionariedade na regra de direito é apenas uma suposição, pois só irrompe ante o caso concreto, só se revela e se dimensiona a vista dele e que, de conseguinte, o juiz necessita investigar os fatos precisamente para aferir se existia, *in casu*, real consonância entre aquilo que a lei tinha em conta e em mira e aquilo que o ato efetuou. MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 957.

²⁶⁰ BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do direito administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 206-207.

administrador público, que o deixaria imune à ingerência da atuação jurisdicional.

Nesse sentido, Odete Medauar²⁶¹ ressalta que o contraponto clássico entre legalidade e mérito encontra-se atenuado hodiernamente.

Na União Europeia, a fiscalização da motivação dos atos administrativos apresenta peculiaridades sempre que a autoridade exerce poderes discricionários. Em alguns Estados (Alemanha, Áustria, Dinamarca, Estônia, Finlândia, França, Grécia, Hungria, Irlanda, Letônia, Lituânia, Portugal e Eslovênia), a fiscalização dos atos discricionários pelos tribunais administrativos varia de acordo com o âmbito dos poderes das autoridades administrativas.²⁶²

Para Felipe Dalenogare Alves, esse controle do mérito administrativo deve ser feito com base nos princípios constitucionais, e não se estará, de forma alguma, substituindo o administrador público em tal controle, nem afrontando o princípio da separação dos poderes estatais.²⁶³

Dessa forma, entende-se inexistir discricção pura ou não controlável pela justiça ordinária ou administrativa, uma vez que o agente público é livre

²⁶¹ MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*. 14. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 116.

²⁶² Assim, atos emitidos no exercício de poderes discricionários são passíveis de restrição, controle limitado pelos tribunais administrativos. Excepcionalmente, a ausência de fiscalização de atos discricionários pode ser notada, como na Dinamarca ou na Eslovênia, onde a presunção é que as autoridades que exercem poderes discricionários são comprometidas com a legalidade. De modo contrário, na Letônia, os tribunais administrativos fiscalizam extensivamente os atos discricionários; de forma similar, em Portugal, a distinção entre poderes discricionários e poderes de remissão tende a se tornar turva, ocasionando diferenças menos perceptíveis na escala dos poderes de fiscalização judicial. (tradução nossa). O texto em língua estrangeira é: "Thus, acts issued in the exercise of discretionary powers are subject to restrained, limited control by the administrative courts. Exceptionally, an absence of oversight over discretionary acts can be noted, as in Denmark or Slovenia, where the presumption is that authorities exercising discretionary powers are compliant with legality. Conversely, in Latvia, the administrative courts enquire extensively into discretionary acts; similarly, in Portugal, the distinction between discretionary powers and powers of remit is tending to become blurred, leading to less marked differences in the degree of judicial powers of review". OBSERVATORY FOR INSTITUTIONAL AND LEGAL CHANGES OF THE UNIVERSITY OF LIMOGES. *Administrative Justice in Europe*. Traduit par Adam Warren. 1^{ère} Édition. Presses Universitaires de France, 2007, ISBN 978-2-13-056041-8, p. 64.

²⁶³ ALVES, Felipe Dalenogare. O controle jurisdicional do mérito do ato administrativo frente aos princípios constitucionais. *Orbis Revista Científica do Curso de Direito da Faculdade CESREI de Campina Grande*, Paraíba, v. 2, n. 1, p. 1-18, 2011, p. 14. Disponível em: <<http://www.cesrei.com.br/ojs/index.php/orbis/article/view/35>>. Acesso em: 21 jun. 2013.

apenas para alcançar a tutela efetiva do direito fundamental e o interesse público. No que se refere ao interesse público, existirá desvio de poder toda vez que o administrador público atuar com finalidade distinta da perseguida pela lei, qual seja, a satisfação do referido interesse público.

Ressalte-se que, quanto à discricionariedade técnica, caracterizada pelo emprego das noções e métodos próprios de várias ciências, artes ou disciplinas, em função preparatória ou instrumental, quanto ao exercício da ação administrativa, embora a técnica delimite os caminhos a seguir, ainda assim, a escolha de um caminho envolve juízo de conveniência e de oportunidade, sempre orientado pelo interesse público.²⁶⁴

De qualquer modo, ensina Cássio Cavalli²⁶⁵ que há deficiência cognitiva que dificulta a sindicabilidade jurisdicional do ato administrativo amparado na técnica.

Releva ressaltar, ainda, que a discricionariedade não deve ser confundida com a expressão “conceitos jurídicos indeterminados”²⁶⁶, especialmente porque os conceitos jurídicos indeterminados exigem que se faça juízo de interpretação em cada caso concreto pelo administrador público, quando aplicada a regra legal em que está inserido o conceito jurídico indeterminado.

²⁶⁴ CAVALLI, Cássio. O Controle da discricionariedade administrativa e a discricionariedade técnica. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 251, p. 61-76, 2009, p. 74. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/7528/6041>>. Acesso em: 20 nov. 2013.

²⁶⁵ CAVALLI, Cássio. O Controle da discricionariedade administrativa e a discricionariedade técnica. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 251, p. 61-76, 2009, p. 75. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/7528/6041>>. Acesso em: 20 nov. 2013.

²⁶⁶ Os conceitos jurídicos indeterminados, segundo Eros Roberto Grau, são aqueles “cujos termos são ambíguos ou imprecisos - especialmente imprecisos -, razão pela qual necessitam ser completados por quem os aplique”. Seriam exemplos de conceitos jurídicos indeterminados algumas expressões costumeiramente encontradas em normas constitucionais e legais de atribuição de competência, tais como interesse público, urgência, notório saber, ilibada conduta, relevância, iminente perigo público, entre tantos outros. MAFFINI, Rafael. Discricionariedade administrativa: controle de exercício e controle de atribuição. *Revista da Procuradoria-Geral do Município de Juiz de Fora – RPGMJF*, Belo Horizonte, ano 2, n. 2, p. 257-271, jan./dez. 2012, p. 260. Disponível em: <<http://www.pjf.mg.gov.br/pgm/revista2012.php>>. Acesso em: 15 ago. 2013.

Assim, é inquestionável que os conceitos jurídicos indeterminados são, em princípio, suscetíveis de exame judicial quanto à correção ou incorreção de sua aplicação, ou da subsunção do caso concreto no preceito abstrato, pois só existirá uma única aplicação certa.

Ensina Eduardo Garcia Enterría:

Mas, o fator mais relevante para o término da exceção imprecisa da discricionariedade foi a separação de sua aplicação da **técnica interpretativa empregada nos denominados “conceitos jurídicos indeterminados”**, com os quais se confundia, tradicionalmente, o conceito de discricionariedade, **e que são conceitos objetivos cuja aplicação acaba sendo necessariamente controlável, como são em todas as demais jurisdições.**²⁶⁷

De outro lado, a discricionariedade permite que o administrador público faça juízo de valor na escolha de uma entre várias formas de ação legalmente previstas, aquela que melhor atenda ao interesse público.²⁶⁸

Daí se percebe que a discricionariedade tem como parâmetro a realização do bem comum, e não de interesses de grupos econômicos que, em alguns casos, são os beneficiados pelo desvio de finalidade na gestão dos órgãos públicos e que, pelo argumento da impossibilidade de controle judicial da discricionariedade, poderiam agir impunemente.

Com base nessa perspectiva, o controle da legalidade dos atos discricionários, objeto do contencioso administrativo, pode ser feito mediante a aplicação dos princípios constitucionais²⁶⁹ explícitos e implícitos, entre os

²⁶⁷ ENTERRÍA, Eduardo Garcia. *As transformações da justiça administrativa: da sindicabilidade restrita à plenitude jurisdicional*. Belo Horizonte: Fórum, 2010, p. 56.

²⁶⁸ Do voto condutor do relator, extrai-se a seguinte passagem: Em outros termos: a autoridade administrativa está autorizada a atuar discricionariamente apenas, única e exclusivamente, quando norma jurídica válida expressamente a ela atribuir essa livre atuação. Insisto em que a discricionariedade resulta de expressa atribuição normativa à autoridade administrativa, e não da circunstância de serem ambíguos, equívocos ou suscetíveis de receberem especificações diversas os vocábulos usados nos textos normativos, dos quais resultam, por obra da interpretação, as normas jurídicas. Comete erro quem confunde discricionariedade e interpretação do direito. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Ordinário em Mandado de Segurança n. 24.699/DF*. Primeira Turma. Relator: Ministro Eros Grau, Brasília, DF, julgado em 30 nov. 2004, decisão publicada em Diário da Justiça da União em 1 jul. 2005. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/diarioJustica/verDiarioProcesso.asp?numDj=125&dataPublicacaoDj=01/07/2005&incidente=2180181&codCapitulo=5&numMateria=21&codMateria=2>>. Acesso em: 14 out. 2013.

²⁶⁹ Com efeito, os princípios constitucionais gerais, como o da igualdade, o do Estado de Direito, o da proporcionalidade, e, ainda, os princípios setoriais da Administração

quais o da motivação dos atos administrativos²⁷⁰, o da proporcionalidade e o da segurança jurídica.

Como ressaltado por Diogo de Figueiredo Moreira Neto,

o princípio da motivação é instrumental e consequente do princípio do devido processo da lei (art. 5º, LIV, CF), tendo necessária aplicação às decisões administrativas e às decisões judiciais, embora se encontre também, de modo implícito, no devido processo de elaboração das normas legais, no sentido amplo (cf. arts. 59 a 69 da Constituição Federal e os diversos regimentos das casas legislativas).²⁷¹

Registre-se que, com base no princípio da segurança jurídica, é possível tutelar expectativas legítimas dos cidadãos, além de se impedir que a Administração Pública anule atos assecuratórios de direitos, decorridos mais de cinco anos de sua prática, salvo comprovada má-fé (artigo 54 da Lei n. 9.784/1999).²⁷²

De fato, a segurança jurídica é um limite ao poder de autotutela da Administração Pública. Logo, o desfazimento dos atos, das normas ou das decisões administrativas ilegais, após o decurso do lustrado legal, se tiverem produzido efeitos favoráveis aos administrados, atualmente, depende de processo judicial prévio.

Segundo Ricardo Perlingeiro Mendes da Silva, o Direito alemão é orientado pelo princípio da confiança legítima, atrelado à dimensão subjetiva da boa-fé baseada nos direitos fundamentais, e derivado do Estado de Direito; na França, o princípio da segurança jurídica está associado ao princípio da irretroatividade da norma jurídica e ao respeito aos direitos adquiridos; no

Pública, consagrados na cabeça do art. 37 da Constituição Federal de 1988, cada vez mais são instrumentos de conformação do conteúdo da decisão discricionária, que, invariavelmente, proporciona ao juiz uma ingerência crescente sobre aquilo que se convencionou chamar de mérito administrativo. BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do direito administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 207.

²⁷⁰ Expressamente prevista entre os princípios informadores da atuação da Administração Pública no art. 2º da Lei n. 9.784/99 (a Lei do Processo Administrativo Federal).

²⁷¹ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Mutações do direito público*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 290.

²⁷² BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do direito administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 179.

Direito britânico, a segurança jurídica está relacionada com a proteção das expectativas legítimas.²⁷³

Entende-se que não há menção expressa ao princípio da confiança legítima no texto da Constituição da República de 1988; porém, este decorre da ideia de Estado de Direito²⁷⁴, é consectário lógico de outros princípios como a segurança jurídica e a boa-fé. No Direito brasileiro, aquele princípio é tratado como sinônimo do princípio constitucional da segurança jurídica; já no Direito alemão é denominado “Princípio da Proteção à Confiança”, e no Direito da União Europeia, “Princípio da Proteção à Confiança Legítima”.²⁷⁵

A origem de tal princípio da proteção à confiança, no direito comparado, é o *leading case* do Tribunal Administrativo de Berlim, de 1956.

Cabe, aqui, registrar que o caso histórico tratava da anulação do ato de concessão de pensão à viúva de funcionário, caso ela se transferisse de Berlim Oriental, onde morava, para Berlim Ocidental; após ter-se mudado e recebido durante um ano o benefício, este foi cancelado, ao argumento de que a sua concessão fora ilegal, o que era verdade. Além de se suspender o pagamento do benefício, cobraram-se os valores que já haviam sido pagos.

Posteriormente, a questão foi levada ao Tribunal Administrativo Superior de Berlim, que aplicou a técnica da ponderação entre os princípios

²⁷³ O direito administrativo europeu, que influencia cada vez mais os sistemas nacionais europeus, realça o princípio da confiança legítima de origem alemã. SILVA, Ricardo Perlingeiro Mendes da. A justiça administrativa brasileira comparada. *Revista CEJ*, Brasília, Ano XVI, n. 57, p. 6-18, maio/ago. 2012, p. 11-12. Disponível em: <<http://www2.cjf.jus.br/ojs2/index.php/revcej/article/viewFile/1646/1593>>. Acesso em: 15 ago. 2013.

²⁷⁴ Do princípio do Estado de Direito defluem vários outros, que formam o significado de Estado de Direito. Segundo orientação do STF, são resumidos em cinco formas de manifestação: a) legalidade ou juridicidade, no sentido de que o Estado se encontra submetido à ordem jurídica que lhe é inerente; b) submissão do Estado a mecanismos de controle e responsabilização; c) separação das funções estatais; d) submissão do Estado aos direitos e garantias fundamentais; e) segurança jurídica. MAFFINI, Rafael da Cás. *Princípio da proteção substancial da confiança no direito administrativo brasileiro*. 2005. 253 f. Tese (Doutorado em Direito). Faculdade de Direito. Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Porto Alegre, Rio Grande do Sul, 2005, p. 234. Disponível em: <<http://www.lume.ufrgs.br/handle/10183/5220>>. Acesso em: 18 jul. 2013.

²⁷⁵ COUTO E SILVA, Almiro do. O princípio da segurança jurídica (proteção à confiança) no direito público brasileiro e o direito da administração pública de anular seus próprios atos administrativos: o prazo decadencial do art. 54 da lei do processo administrativo da União (Lei nº 9.784/99). *Revista da Procuradoria-Geral do Estado do Rio Grande do Sul*, Porto Alegre, Rio Grande do Sul, p. 33-75, 2003, p. 33. Disponível em: <http://www.pge.rs.gov/upload/revista_pge_57_sup.pdf>. Acesso em: 18 nov. 2013.

constitucionais e decidiu que o princípio da proteção à confiança deveria prevalecer sobre o princípio da legalidade.²⁷⁶

Se, por um lado, a previsão de decadência contra a Administração Pública, na Lei do Processo Administrativo Federal (Lei n. 9.784, de 1999), é indicada como fundamento da proteção jurídica baseada na boa-fé objetiva²⁷⁷, no Brasil, o princípio da proteção à confiança não foi expressamente positivado; porém, tal princípio tem campo muito amplo de aplicação jurisprudencial nos direitos administrativo e constitucional.

Nesse sentido as lições de Gustavo Binenbojm:

Na seara do direito administrativo, há precedentes jurisprudenciais no sentido da validação (i) de cursos superiores realizados por força de liminares posteriormente cassadas e (ii) de atos praticados por servidores investidos posteriormente em seus cargos; só recentemente o Supremo Tribunal Federal qualificou a segurança jurídica como princípio constitucional (princípio da proteção da confiança), decorrente da cláusula do Estado de Direito, que poderia ser ponderado com o princípio da legalidade, recomendando, em muitos casos, a subsistência do ato administrativo viciado ou ao menos a validação de seus efeitos pretéritos.²⁷⁸

Nessa linha de raciocínio, a proteção à confiança surge como garantia do indivíduo frente à Administração Pública, ligada ao princípio da segurança jurídica e ao Estado de Direito.

Portanto, relevante que, nos casos em que ocorram conflitos entre o princípio da proteção à confiança e o princípio da legalidade administrativa, o juiz da justiça comum ou administrativa aplique a técnica da ponderação entre

²⁷⁶ COUTO E SILVA, Almiro do. O princípio da segurança jurídica (proteção à confiança) no direito público brasileiro e o direito da administração pública de anular seus próprios atos administrativos: o prazo decadencial do art. 54 da lei do processo administrativo da União (Lei n. 9.784/99). *Revista da Procuradoria-Geral do Estado do Rio Grande do Sul*, Porto Alegre, Rio Grande do Sul, p. 33-75, 2003, p. 39. Disponível em: <http://www.pge.rs.gov/upload/revista_pge_57_sup.pdf>. Acesso em: 18 nov. 2013.

²⁷⁷ Essa regra se aplica a toda atividade administrativa de cunho decisório da Administração Pública Federal, e não apenas a atos administrativos internos a um processo administrativo. MAFFINI, Rafael da Cás. *Princípio da proteção substancial da confiança no direito administrativo brasileiro*. 2005. 253 f. Tese (Doutorado em Direito). Faculdade de Direito. Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Porto Alegre, Rio Grande do Sul, 2005, p. 119. Disponível em: <<http://www.lume.ufrgs.br/handle/10183/5220>>. Acesso em: 18 jul. 2013.

²⁷⁸ BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do direito administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 185.

tais princípios, notadamente nas demandas em que a revogação de atos administrativos viole a moralidade e a boa-fé, que devem preponderar nas relações entre o Estado e o cidadão.

Por fim, traçados os pontos polêmicos dos limites de controle dos atos da Administração Pública pela justiça ordinária ou administrativa, a serem observados pela justiça administrativa previdenciária no modelo ora proposto, serão analisados, no próximo capítulo, o devido processo legal na jurisdição administrativa, a fixação da competência da justiça administrativa e o procedimento da jurisdição administrativa.

CAPÍTULO 4

4.1 O DEVIDO PROCESSO LEGAL E O CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

4.1.1 O princípio do devido processo legal

A atividade jurisdicional tem como postulado o princípio do devido processo legal, o qual informa todos os demais princípios do processo.

Segundo Celso Antônio Bandeira de Mello, princípio pode ser definido como

mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas compondo-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência, exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico.²⁷⁹

Dessa forma, os princípios são axiomas do Direito em termos da objetivação de certos valores sócio-políticos que devem direcionar as atividades dos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário.²⁸⁰

Sabe-se que a Constituição da República de 1988 foi a primeira Constituição brasileira a prever, expressamente, o princípio do devido processo legal, no inciso LIV do artigo 5º, ao estabelecer que “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”.

A origem do princípio do devido processo legal ou *due process of law* se deu na Inglaterra, no artigo 39 da Magna Carta do Rei João Sem-Terra, em 1215, o qual atingiu seu ponto alto na Constituição dos Estados Unidos da América, de 1787, em decorrência da Emenda n. 5, de 1789, que garantiu a

²⁷⁹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 450-451.

²⁸⁰ “A norma é uma medida de comportamento para se chegar a um destino, mas que se pode perder no caminho. O princípio é um valor, perene, fixo, certo, paramétrico, situado acima das normas, o norte confiável do sistema.” PEREIRA JÚNIOR, Jessé Torres. *Controle judicial da administração pública: da legalidade estrita à lógica do razoável*. Fórum: Belo Horizonte, 2005, p. 60.

vinculação do Poder Legislativo às suas regras, diferentemente do direito anglo-saxão, em que prevalecia a supremacia do Parlamento.²⁸¹

O princípio do devido processo legal, em sentido amplo, é algo mais do que o direito à entrega da prestação jurisdicional, pois abrange o direito a um processo em que são sempre observados os princípios do contraditório, da ampla defesa, da igualdade processual, da celeridade processual, entre outros.²⁸²

Em outras palavras, o devido processo legal existe quando são respeitadas as garantias representadas pelos princípios do contraditório, da ampla defesa, do duplo grau de jurisdição, da publicidade, do juiz natural, da assistência judiciária gratuita.²⁸³

A propósito do assunto, relevantes são as lições de Ada Pellegrini Grinover:

Garantia das partes e do próprio processo: eis o enfoque completo e harmônico do conteúdo da cláusula do devido processo legal, que não se limite ao perfil subjetivo da ação e da defesa com direitos, mas que acentue, também e especialmente, seu perfil objetivo. **Garantias, não apenas das partes, mas, sobretudo de jurisdição: porque se, de um lado, é interesse dos litigantes a efetiva e plena possibilidade de sustentarem suas razões, de produzirem suas provas, de influírem concretamente sobre a formação do convencimento do juiz,** do outro lado, essa efetiva e plena possibilidade constitui a própria garantia da regularidade do processo, da imparcialidade do juiz, da justiça das decisões. (grifo nosso).²⁸⁴

Destarte, o devido processo legal é garantia constitucional que assegura o exercício do direito de acesso ao Poder Judiciário e ao procedimento de acordo com as normas previstas em lei. É de conhecimento comum que a Administração Pública deve respeitar o devido processo

²⁸¹ LASPRO, Oreste Nestor de Souza. *Duplo grau de jurisdição no direito processual civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 85.

²⁸² Cf. MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. Breves considerações em torno da questão da inafastabilidade da prestação jurisdicional. *Revista da Seção Judiciária do Rio de Janeiro*, Rio de Janeiro, n. 19, p. 61-73, 2007, p. 62. Disponível em: <<http://www.ajuferjes.org.br/PDF/006Inafastabilidade.pdf>>. Acesso em: 15 ago. 2013.

²⁸³ PORTANOVA, Ruy. *Princípios do direito civil*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1995, p. 146.

²⁸⁴ GRINOVER, Ada Pellegrini. *O processo constitucional em marcha – contraditório e ampla defesa em cem julgados do tribunal de alçada criminal de São Paulo*. São Paulo: Max Limonad, 1985, p. 7.

administrativo para que possa estabelecer restrições à liberdade e aos bens dos indivíduos. Da mesma forma, a jurisdição administrativa também deve observar o devido processo legal.

O processo deve ser regulado de modo a se assegurar a sua efetividade, e tal efetividade será garantida com a instituição da justiça administrativa previdenciária, com adoção de rito semelhante ao dos juizados especiais federais e do procedimento sumário do Código de Processo Civil.

Nesse aspecto, pode-se afirmar que a aplicação do procedimento dos juizados especiais federais e do procedimento sumário deverá ocorrer até que seja aprovado o Código de Processo Administrativo, como ocorreu em Portugal, no ano de 2002.²⁸⁵

Outro aspecto a ser considerado é que, para que não se acuse o contencioso administrativo ora proposto de inconstitucional, por violação do princípio do acesso à justiça, os recursos contra suas sentenças devem ser julgados pelo Poder Judiciário.

O julgamento de tais recursos seria de competência das Turmas Recursais dos Juizados Especiais Federais ou dos Tribunais Regionais Federais, conforme o rito da demanda segundo o valor da causa. Aplicar-se-iam, nesse ponto, subsidiariamente, os dispositivos que tratam do recurso de apelação, constantes do Código de Processo Civil, e do recurso inominado, constantes da legislação dos juizados especiais federais.

Logo, tanto a Administração Pública como o particular, insatisfeitos com o resultado do julgamento pela jurisdição administrativa, poderão ter a demanda reexaminada pelo Judiciário. A interposição do recurso de apelação ou inominado obstará, naturalmente, ao trânsito em julgado da sentença proferida pela justiça administrativa.

Ademais, condenatória a sentença proferida pela justiça administrativa previdenciária, se o recurso não for recebido no efeito suspensivo, o recorrido poderá promover, desde logo, a execução do julgado

²⁸⁵ ENTERRÍA, Eduardo Garcia. *As transformações da justiça administrativa: da sindicabilidade restrita à plenitude jurisdicional*. Belo Horizonte: Fórum, 2010, p. 90.

administrativo, à semelhança do que dispõe o artigo 521 do Código de Processo Civil.

José Carlos Barbosa Moreira esclarece que o efeito devolutivo da apelação abrange, quanto à extensão, a “matéria impugnada”: é o princípio do *tantum devolutum quantum appellatum*, conforme prevê o artigo 515, *caput*, do Código de Processo Civil.²⁸⁶

Releva, ainda, por fim, citar Diogo de Figueiredo Moreira Neto:

A justiça administrativa é mais célere que a justiça ordinária. Isto se deve à simplificação do procedimento, ao princípio da oficiosidade e à especialização da advocacia e da magistratura, evitando inúteis rodeios e divagações. Ela é, por isso mesmo, mais objetiva e basta comparar-se o procedimento do mandado de segurança com o da ação ordinária para verificar-se o quanto de celeridade poderá ser obtido com a especialização, à luz do princípio da presunção de legalidade dos atos do Poder Público. (grifo nosso).²⁸⁷

A institucionalização do contencioso administrativo previdenciário, vinculado ao Executivo e integrante da estrutura do Instituto Nacional do Seguro Social, certamente, seria menos onerosa do que a ampliação dos órgãos especializados da justiça ordinária.

Além disso, a justiça administrativa, por sua especialização e rito simplificado, é mais célere e eficiente que a justiça ordinária.²⁸⁸

Outro aspecto digno de nota diz respeito às vantagens apontadas pelo uso dos tribunais administrativos na Inglaterra, quais sejam, um procedimento que evita as formalidades das cortes judiciais, a celeridade, a

²⁸⁶ MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Novo processo civil brasileiro*. 21. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 134.

²⁸⁷ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Tribunais administrativos para o controle da legalidade dos atos do poder público na República Federativa do Brasil* (tese de docência). Rio de Janeiro: Borsoi, 1971, p. 63.

²⁸⁸ Os tribunais administrativos somariam, assim, as vantagens do primeiro e do segundo sistema, surgindo como órgãos de um Poder Judiciário uno, tornando-o peça de maior importância no mecanismo de freios e contrapesos, pois dotados de alta especialização, sem a parcialidade inerente ao primeiro e a inadequação técnica do segundo. MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Tribunais administrativos para o controle da legalidade dos atos do poder público na República Federativa do Brasil* (tese de docência). Rio de Janeiro: Borsoi, 1971, p. 65.

baixa onerosidade e a necessidade de conhecimento técnico pelos julgadores.²⁸⁹

Tal aspecto, quanto à utilidade e eficiência dos tribunais administrativos na Inglaterra, é explicitamente defendido por Bradley e Ewing, quando afirmam:

Os tribunais [administrativos] existem não porque eles exercem uma discricção que seria inadequada de ser conferida aos juízes, **mas porque eles se responsabilizam pela apreciação da tutela jurisdicional demandada de modo mais eficiente do que as cortes.** Como foi dito em relação às demandas previdenciárias, “Por estes motivos não queremos um sistema Rolls-Royce de justiça”. (grifo nosso). (tradução nossa).²⁹⁰

É importante mencionar que o direito de audiência perante corte ou tribunal independente e imparcial, previsto no artigo 6º da Convenção Europeia de Direitos Humanos, independe do título atribuído ao aplicador do direito que, necessariamente, não precisa ser membro do Poder Judiciário.²⁹¹

Dessa forma, o modelo de justiça administrativa proposto atenderá aos princípios constitucionais, notadamente o do acesso à justiça, o do devido processo legal e o da razoável duração do processo.

Nesse contexto, discorda-se da afirmação de Gustavo Binbenbojm de que o propósito do contencioso administrativo seria a criação de um direito processual administrativo que consagraria regras de privilégio em favor da Administração.²⁹²

Todavia, assiste razão ao autor quando ressalta que o contencioso administrativo francês não oferecia aos administrados as mesmas garantias processuais dos tribunais judiciários e não se sujeitava aos mesmos limites de

²⁸⁹ BRADLEY, A W; EWING, K D. *Constitutional & Administrative Law*. 15th ed. England: Pearson, 2011, p. 641.

²⁹⁰ O texto em língua estrangeira é: “Tribunals exist not because they exercise a discretion which it would be improper to confer on judges, but because they undertake the adjudication required more efficiently than the courts. As was said in relation to claims for social security, ‘For these cases we do not want a Rolls-Royce system of justice’”. BRADLEY, A W; EWING, K D. *Constitutional & Administrative Law*. 15th ed. England: Pearson, 2011, p. 641.

²⁹¹ BRADLEY, A W; EWING, K D. *Constitutional & Administrative Law*. 15th ed. England: Pearson, 2011, p. 642.

²⁹² BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do direito administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 14.

atuação do Poder Judiciário. Além disso, a atribuição da função de legislar a órgão da jurisdição administrativa, qual seja, o Conselho de Estado, subvertia a lógica do princípio da legalidade, que é a submissão dos Poderes do Estado à vontade geral expressa na lei (Rousseau), e do princípio da separação dos poderes estatais.²⁹³

Assim, para que não se repita esse ponto negativo, pretende-se adotar modelo de contencioso administrativo híbrido, no qual se garantirá o devido processo legal, com respeito às garantias processuais consagradas no ordenamento jurídico e o julgamento dos recursos interpostos contra as decisões do contencioso administrativo pelo Poder Judiciário.

Em outros termos, o contencioso administrativo proposto deve oferecer aos litigantes as mesmas garantias processuais existentes na justiça ordinária, bem como se deve sujeitar a limites de atuação idênticos aos impostos ao Poder Judiciário.

Tudo isso, evidentemente, não depende só do aproveitamento racional da estrutura do Instituto Nacional do Seguro Social para a proveitosa reintrodução do contencioso administrativo no ordenamento jurídico nacional, mas depende, sobretudo, da mudança de mentalidade dos integrantes do Estado e da sociedade brasileira, para que percebam que o interesse público deve sempre prevalecer sobre o privado, sem que, contudo, ocorram abusos pela Administração Pública.

Por conseguinte, a prestação do serviço público essencial de acesso à justiça terá mais qualidade, com amplo acesso aos tribunais judiciais e administrativos, uma vez que a morosidade e o custo dos processos são fatores de desestímulo de ingresso em juízo.

É certo que a mudança de mentalidade dos atores do processo, dos servidores públicos e da sociedade em geral, a médio e longo prazos, acarretará menos corrupção em todos os níveis hierárquicos da Administração Pública, e os Poderes do Estado terão mais legitimidade democrática.

²⁹³ BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do direito administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 12.

4.1.2 A fixação da competência da jurisdição administrativa

Cumpre salientar que, para análise da competência da justiça administrativa previdenciária, são necessárias algumas considerações iniciais sobre a fixação da competência da Justiça Federal.

A competência é entendida como limite da jurisdição, a qual deve ser exercida por órgão do Judiciário, uma vez que todo juiz, por delegação do Estado, está dotado de poderes para fazer a entrega da prestação jurisdicional.

Édson Alvisi Neves, com base na doutrina clássica, esclarece aspecto importante sobre a competência:

O poder jurisdicional, para se efetivar na prática, vai se ligar ao montante de conflitos existentes em uma sociedade em dado momento. Esse montante de conflitos, ou massa de lide, há de ser repartido, possibilitando tal efetivação.²⁹⁴

Percebe-se que essa divisão da competência decorre da necessidade de se distribuírem porções de lides entre órgãos distintos do Judiciário. O mesmo raciocínio deve ser aplicado na divisão de trabalho no âmbito dos tribunais administrativos previdenciários.

Inegavelmente, a doutrina critica a definição de competência como medida da jurisdição, ao argumento de que a função jurisdicional é una e indivisível, porque todos os órgãos do Judiciário exercem jurisdição, razão pela qual não é correto medir a quantidade de jurisdição que cada órgão exerce.²⁹⁵ De qualquer modo, o conceito de competência antes apresentado facilita o entendimento do instituto.

Para fixação da competência, inicialmente, deve-se verificar se a jurisdição brasileira é competente; para tanto, o Código de Processo Civil, em seus artigos 88 e 89, estabelece as causas de competência internacional exclusiva e de competência internacional concorrente.

Estando a jurisdição brasileira habilitada para o caso, segue-se no exame da justiça competente para julgá-lo; indaga-se se o processo é de

²⁹⁴ NEVES, Edson Alvisi. *Execução de sentença civil: competência*. Rio de Janeiro: Ideia Jurídica, 2002, p. 57.

²⁹⁵ Nesse sentido, CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de direito processual civil*. v. I. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2003, p. 96.

competência das justiças especiais (militar, trabalhista e eleitoral) ou da justiça comum ou ordinária (federal e estadual). Assim, verificado que a demanda não está relacionada à justiça especial, nem à Justiça Federal, cai-se na competência da justiça estadual, que é determinada por exclusão.

A competência cível da Justiça Federal, que faz parte da justiça ordinária ou comum, é prevista, expressamente, na Constituição da República de 1988, em razão da pessoa (artigo 109, incisos I, II e VIII) e da matéria (artigo 109, incisos III, X e XI).

Uma vez verificada qual a justiça competente, passa-se a indagar a respeito de qual órgão da justiça pode julgar a causa.

Para se fixar a competência interna, utilizam-se três critérios de determinação da competência, estabelecidos por Chiovenda: o territorial ou de foro, o material ou de juízo, e o funcional. Essa divisão recebeu críticas de Carnelutti, para quem a competência deveria ser bipartida: critério objetivo e critério ligado à atividade do juiz (competência funcional), ante a inexistência de relação lógica entre a competência territorial e a material.²⁹⁶

O critério objetivo funda-se no valor da causa, natureza da ação ou qualidade das partes. O critério funcional atende às normas que regulam atribuições dos diversos órgãos e de seus componentes. É a chamada competência funcional, que se estabelece de acordo com a função. O critério territorial se reporta aos limites territoriais em que cada órgão judicante pode exercer a jurisdição.²⁹⁷ Esse critério tem por base o domicílio da parte, a localização da coisa ou o local do fato. Também conhecida como competência de foro, refere-se aos limites territoriais de atuação de cada órgão jurisdicional.

Alexandre Freitas Câmara esclarece que a regulamentação desse critério objetivo de fixação de competência de foro, no âmbito estadual, fica a cargo das leis locais de organização judiciária.²⁹⁸

²⁹⁶ GRECO FILHO, Vicente. *Direito processual civil brasileiro*. v. 1. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 206.

²⁹⁷ THEODORO JUNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*. v. I. 48 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 191.

²⁹⁸ CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de direito processual civil*. v. I. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2003, p. 98.

Quanto à Justiça Federal que, assim como a estadual, faz parte da justiça comum, o País é dividido em regiões, que abrangem um ou mais Estados da Federação, para efeito de jurisdição e competência dos Tribunais Regionais Federais; em seções judiciárias, de modo que cada Estado da Federação constitui uma seção judiciária; e em subseções judiciárias, que compreendem um ou mais municípios situados na seção judiciária. Já na Justiça estadual, o foro (circunscrição territorial) se divide em comarcas, de modo que cada comarca abrange um ou mais municípios situados no respectivo Estado. Assim, estabelecida a competência do foro, da subseção judiciária, no caso da Justiça Federal, ou da comarca de determinado Estado, no caso da justiça estadual, passa-se à análise de qual será o juízo daquela subseção ou comarca com competência para julgar o caso concreto.

No Brasil, há duas espécies de foro: o comum ou geral e o especial. Comum ou geral é aquele determinado por exclusão; como regra geral, estabelece o artigo 94 do Código de Processo Civil que é competente o juízo do foro do domicílio do réu. Há, ainda, o foro subsidiário ou supletivo, nos casos de mais de um domicílio ou de domicílio ignorado do réu.

Foro especial tem sua divisão submetida a certos critérios como matéria, pessoa e local. Daí a competência *ratione materiae*, *ratione personae* ou *ratione loci*. O foro da situação da coisa é o chamado *forum rei sitae*: destina-se às ações reais imobiliárias. O foro da União, na condição de autora, é o do domicílio do réu. Na condição de ré, o foro poderá ser o do Distrito Federal, o do domicílio do autor, o do local do ato ou do fato litigioso ou o do local onde se encontrar a coisa litigiosa.

Importantes as lições de Aluisio Gonçalves de Castro Mendes sobre o assunto:

A Constituição da República fixa, no art. 109, §§ 1º e 2º, o foro da União. Quando essa pessoa jurídica de direito público interno estiver no polo ativo, competente será a seção judiciária onde for domiciliada a outra parte, conforme disposto no § 1º do art. 109; trata-se de foro exclusivo, apesar de sujeito à prorrogação. **Embora o dispositivo mencione, tão somente, a seção judiciária, a ação deve ser proposta perante a subseção competente, se a parte adversa for domiciliada fora da Capital e houver vara(s) instalada(s) no interior.**

O § 2º do art. 109 instituiu, por outro lado, a competência concorrente eletiva para **os casos em que a União for ré. O autor**

poderá escolher entre o foro em que é domiciliado, em que houver ocorrido o ato ou fato que deu origem à demanda ou onde esteja situada a coisa, ou o Distrito Federal. (grifo nosso).²⁹⁹

Importa ressaltar que, quanto às autarquias federais, com exceção do Instituto Nacional do Seguro Social, e quanto às empresas públicas federais, as regras de fixação da competência são as mesmas das pessoas jurídicas de direito privado, previstas no artigo 100, IV, *a* e *b*, do Código de Processo Civil, ou seja, é competente o juízo do foro da sede ou da agência da pessoa jurídica em que se praticou o ato.

Para as execuções fiscais da União e ações relativas a benefícios previdenciários, há exceção constitucional a permitir o ajuizamento da ação na justiça estadual, conforme dispõe o artigo 109, § 3º, da Constituição da República de 1988, e o artigo 15, I e III, da Lei n. 5.010/1966.³⁰⁰ Ainda, quanto às ações previdenciárias, o segurado ou beneficiário pode ajuizar a ação no juízo federal situado na sede da seção judiciária do seu domicílio (capital do Estado) ou, ainda, na subseção judiciária, se nesta houver juízo federal instalado, conforme Súmula 689 do Supremo Tribunal Federal.

A Lei n. 10.259, de 2001, que instituiu os juizados especiais cíveis e criminais no âmbito da Justiça Federal, estabelece que, nos feitos cíveis, a competência dos juizados especiais federais tem natureza absoluta, onde instalado o juizado (artigo 3º, § 3º, da Lei n. 10.259/2001), e obedece, como regra geral, ao valor da causa (artigo 3º, *caput*, da Lei n. 10.259/2001). A essa regra foram estabelecidas exceções em razão da natureza da demanda ou do pedido (critério material). Destarte, a competência dos juizados especiais federais cíveis se fixa, também, em razão da matéria, excluídas as causas expressamente enumeradas no artigo 3º, § 1º, da Lei n. 10.259, de 2001.

A competência para o processamento da execução fiscal da dívida ativa da União, de suas autarquias e dos conselhos de fiscalização profissional é da Justiça Federal desde 1966, ano em que se reinstituiu a

²⁹⁹ MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. *Competência cível da justiça federal*. 2. ed. Rio de Janeiro: Revista dos Tribunais, 2006, p. 129.

³⁰⁰ THEODORO JUNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*. v. I. 48. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 191.

Justiça Federal de Primeira Instância pela Lei n. 5.010/1966. Tal competência *ratione personae* se manteve com o advento da Constituição Federal de 1988, conforme a redação do seu artigo 109, I.

Ademais, o artigo 15, I, da Lei n. 5.010/1966 outorga delegação de competência dos juízes federais para a justiça comum estadual, em comarcas que não forem sede de vara federal, para o ajuizamento das execuções fiscais da União.

Feitas tais observações, passa-se a tratar, precisamente, da competência da justiça administrativa.

As regras gerais de fixação da competência devem ser observadas na criação da jurisdição administrativa, com competência para as causas em que o Instituto Nacional do Seguro Social (autarquia federal) seja parte (benefícios previdenciários e assistenciais), excluídas as relativas aos contratos administrativos, à responsabilidade civil, e aquelas referentes a imóveis de propriedade da mencionada autarquia federal.

É inegável que a reintrodução da justiça administrativa no ordenamento jurídico nacional daria mais celeridade à Justiça Federal, com a retirada de sobrecarga de trabalho das varas cíveis e, principalmente, dos juizados especiais federais, em demandas relativas a benefícios previdenciários e assistenciais indeferidos pelo Instituto Nacional do Seguro Social. Isso não comprometeria a existência da Justiça Federal.

A uma, porque a Justiça Federal de primeiro grau ainda teria ampla competência para julgamento de demandas propostas em face da Administração Pública Federal que não seriam julgadas pela justiça administrativa previdenciária. A duas, porque, nos juizados especiais federais, depois das causas previdenciárias e assistenciais, as demandas em face da Caixa Econômica Federal, incluídas as de responsabilidade civil, representam número expressivo do total de processos daqueles juízos³⁰¹.

³⁰¹ O Instituto Nacional do Seguro Social (INSS) é réu em 73% das causas que tramitam nos juizados especiais federais, seguido pela Caixa Econômica Federal (CEF), ré em 15,5% dos processos que lá tramitam. BOCHENEK, Antônio César. *A interação entre tribunais e democracia por meio do acesso aos direitos e à justiça: análise de experiência dos juizados especiais federais cíveis brasileiros*. 2012. 546 p. Tese (Doutoramento em Direito, Justiça e Cidadania no Século XXI). Faculdade de Economia

Assim, muitos processos ainda permaneceriam nesses juizados, com a possibilidade de inclusão de mais processos na pauta de audiências, a qual, atualmente, é reservada às audiências previdenciárias e criminais (essas últimas, em número inexpressivo). A três, porque a Justiça Federal, seja nos Tribunais Regionais Federais, seja nas Turmas Recursais dos Juizados Especiais Federais, teria competência para o julgamento dos recursos interpostos contra as decisões da jurisdição administrativa.

Vale frisar que a revisão das decisões da jurisdição administrativa pela justiça ordinária não é novidade, visto que, em Portugal, existe a possibilidade de que decisões inconstitucionais da justiça administrativa sejam revistas pelo Poder Judiciário.

Portanto, não se violaria o princípio da universalidade da tutela jurisdicional, uma vez que a última palavra seria do Judiciário, com a análise das questões de direito e de fato alegadas no recurso de apelação (pelos Tribunais Regionais Federais) ou no recurso inominado (pelas Turmas Recursais dos Juizados Especiais Federais).

Além disso, a criação da justiça administrativa inserida na estrutura orgânica do Instituto Nacional do Seguro Social, com o objetivo de dirimir as lides em que se imputa à referida autarquia federal a lesão ou ameaça de lesão a direitos dos segurados e beneficiários da Previdência e da Assistência Social, com competência fixada, especificamente, para ações com pedido de concessão de benefícios previdenciários e assistenciais indeferidos, vai ao encontro de outro princípio constitucional: o da prestação da tutela jurisdicional em tempo razoável (artigo 5º, inciso LXXVIII, da Constituição Federal de 1988; inciso incluído pela Emenda Constitucional n. 45/2004), em razão do aumento expressivo de causas em tramitação nos juizados especiais federais, a impedir o julgamento de tais causas em tempo razoável.³⁰²

e Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Portugal, 2012. Série Monografias do CEJ, v. 15, jan./abr. 2013. Brasília: Conselho da Justiça Federal, 2013, 563 p., p. 256. Disponível em: <<http://www2.cjf.jus.br/ojs2/index.php/mono/article/view/1786/1747>>. Acesso em: 15 jul. 2013.

³⁰² Contudo, os juizados especiais vivem uma situação paradoxal. Por causa do seu sucesso e como foram criados para resolver questões corriqueiras com agilidade e rito simples, eles estão atraindo uma demanda muito maior do que a sua capacidade de atender, e, por estarem congestionados (inúmeros processos estão sobrestados à espera do

4.1.3 O procedimento do contencioso administrativo

Com a regulamentação da justiça administrativa previdenciária no Brasil, reintroduzida no ordenamento jurídico nacional por emenda constitucional, é possível, no primeiro momento, a aplicação subsidiária do Código de Processo Civil, bem como das leis que tratam dos juizados especiais (Lei n. 9.099/1995 e Lei n. 10.259/2001).

Ademais, é oportuno que, posteriormente, seja elaborado por comissão de juristas projeto de lei do Código de Processo Administrativo, no qual estarão previstos procedimentos simplificados de conhecimento, de execução e de recursos na jurisdição administrativa.

Como ocorre no direito comparado, os juízes dos contenciosos administrativos disporão de instrumentos processuais céleres, como as medidas cautelares e de antecipação dos efeitos da tutela, aptos a garantir a tutela jurisdicional efetiva.³⁰³

Em Portugal³⁰⁴, país em que houve a constitucionalização da justiça administrativa, a tutela cautelar, no âmbito do contencioso administrativo, antes restrita à suspensão de eficácia de atos administrativos, passou, com o Código de Processo dos Tribunais Administrativos, a ter mais amplitude.

Nesse sentido se manifesta a doutrina:

juízo de processos pelas instâncias superiores), correm o risco de se tornarem tão lentos quanto as varas. BOCHENEK, Antônio César. *A interação entre tribunais e democracia por meio do acesso aos direitos e à justiça: análise de experiência dos juizados especiais federais cíveis brasileiros*. 2012. 546 p. Tese (Doutoramento em Direito, Justiça e Cidadania no Século XXI). Faculdade de Economia e Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Portugal, 2012. Série Monografias do CEJ, v. 15, jan./abr. 2013. Brasília: Conselho da Justiça Federal, 2013, 563 p., p. 256-257. Disponível em: <<http://www2.cjf.jus.br/ojs2/index.php/mono/article/view/1786/1747>>. Acesso em: 15 jul. 2013.

³⁰³ **Do princípio da inafastabilidade decorre o direito ao devido processo legal, aí incluído, entre outros, o direito à adequada tutela jurisdicional**, abrangendo o direito de petição, como, “autêntico direito abstrato de agir”, o direito à tutela urgente, e os direitos ao procedimento, à cognição ao provimento e aos meios executivos adequados. MARINONI, Luiz Guilherme. *A antecipação da tutela na reforma do processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 168. (grifo nosso).

³⁰⁴ Dizer-se que se adotou um sistema de tipo francês não significa necessariamente que haja sido adotado o sistema francês. Os princípios típicos encontram-se no sistema português, mas adaptados em termos que distanciam consideravelmente a administração portuguesa da francesa. CAETANO, Marcello. *Manual de direito administrativo*. 10. ed. Coimbra: Almedina, 2010, p. 27.

Por imperativo da revisão constitucional de 1997, que introduziu no n.º 4 do art. 268.º, explicitamente, a garantia da “adoção de medidas cautelares adequadas”, **passou a ser claro que poderiam ser aplicadas no contencioso administrativo medidas cautelares positivas, através da aplicação subsidiária** do Código de Processo Civil. (grifo nosso).³⁰⁵.

Destarte, a aplicação subsidiária do Código de Processo Civil, no que não for incompatível com o rito proposto do contencioso administrativo, possibilitará a adoção de medidas cautelares e de execução, necessárias à garantia da efetividade processual.

Por outro lado, é imprescindível o prévio requerimento administrativo para o ajuizamento de ações na justiça administrativa previdenciária, até porque, se o requerimento administrativo for deferido, não há lide nem, em consequência, necessidade da tutela jurisdicional administrativa.

Frise-se que a exigência de se ajuizar ação na justiça administrativa previdenciária não viola o princípio da unidade de jurisdição, pois se está, tão somente, com a criação da justiça administrativa previdenciária, postergando o acesso ao Judiciário, mediante recurso interposto da decisão administrativa, conforme já se demonstrou.

No plano processual, os juízes dos contenciosos administrativos devem ter poderes para decretar medidas cautelares não específicas, assim como os juízes da justiça ordinária, conforme o princípio da não taxatividade das providências cautelares, bem como para condenar a Administração (no caso, o Instituto Nacional do Seguro Social) na prática de atos administrativos e, nas hipóteses de obrigações infungíveis, na aplicação de sanções pecuniárias em caso de descumprimento dessas obrigações.³⁰⁶

³⁰⁵ SOUSA, Jorge Manuel Lopes de. Alguns obstáculos práticos à tutela judicial efectiva no contencioso administrativo. *Scientia Iuridica*, Portugal, v. 60, n. 325, p. 61-80, 2011, p. 64-65.

³⁰⁶ O CPTA [Código de Processo dos Tribunais Administrativos], nessa matéria, estabelece, no artigo 112.º, que os tribunais administrativos passam a poder adoptar toda e qualquer providência cautelar, antecipatória ou conservatória, que se mostre adequada a assegurar a utilidade da sentença a proferir num processo principal – com o que se limita, de resto, a dar cumprimento do que, neste preciso sentido, determina o art. 268.º, n.º 4, da CRP [Constituição da República de Portugal]. AMARAL, Diogo

É relevante registrar que, na Itália, a impossibilidade de o juiz impor outras sanções além da anulação do ato administrativo se deu em razão de o modelo italiano de justiça administrativa ter-se inspirado no modelo francês, fato que perdurou até a decisão n. 500/1999 da Corte de Cassação, segundo a qual se entendeu possível ao juiz impor condenações indenizatórias por lesão a “interesses legítimos”.³⁰⁷

Hodiernamente, as decisões da jurisdição administrativa, na Itália, podem compreender sentenças indenizatórias, bem como a plenitude da tutela cautelar, com a mesma regra e amplitude do Código de Processo Civil. E, como adverte Eduardo Garcia Enterría, isso ocorria

sem que outras normas especiais sustentassem a tradicional limitação segundo a qual essa tutela somente poderia alcançar a suspensão do ato impugnado, em face da primazia quase absoluta da executoriedade destes.³⁰⁸

Importa notar que, a exemplo do que ocorre em Portugal³⁰⁹, na justiça administrativa deve ser consagrado o princípio da livre cumulatividade de pedidos num mesmo processo, e os juízes devem ter o poder de determinar providências executivas no curso do processo.

Na França, foi somente em 1872, após a queda do Segundo Império, que o Conselho de Estado francês deixou de depender do Governo para dar efetividade a suas decisões, ou seja, que a justiça administrativa passou a ser independente.

Com as Leis francesas de 16/7/1980 e de 8/2/1995, tornou-se possível a prolação de sentenças, pela justiça administrativa, com outros efeitos além do meramente declaratório; portanto, além da anulação do ato administrativo viciado, tornou-se possível a condenação da Administração em obrigações de fazer.

Freitas do; ALMEIDA, Mário Aroso de. *Grandes linhas da reforma do contencioso administrativo*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2007, p. 63.

³⁰⁷ ENTERRÍA, Eduardo Garcia. *As transformações da justiça administrativa: da sindicabilidade restrita à plenitude jurisdicional*. Belo Horizonte: Fórum, 2010, p. 83.

³⁰⁸ ENTERRÍA, Eduardo Garcia. *As transformações da justiça administrativa: da sindicabilidade restrita à plenitude jurisdicional*. Belo Horizonte: Fórum, 2010, p. 84.

³⁰⁹ AMARAL, Diogo Freitas do; ALMEIDA, Mário Aroso de. *Grandes linhas da reforma do contencioso administrativo*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2007, p. 118-119.

Desde então, os tribunais administrativos franceses podem determinar o conteúdo do ato administrativo anulado, adotar medidas coercitivas em face da Administração Pública e, caso não se obtenha êxito com essas medidas, podem substituir, diretamente, a omissão administrativa.³¹⁰

Sabe-se que o direito à justiça eficiente pressupõe a tutela jurisdicional entregue em período razoável de tempo, com medidas que garantam o direito de execução célere das decisões dos tribunais administrativos.³¹¹

Nesse contexto, em alguns países da Europa como Reino Unido e Irlanda, não há diferença entre pessoas públicas ou privadas para efeito de execução de decisões judiciais.

Na Irlanda, o sistema de execução de decisões é inclusive transferido para as partes e cidadãos privados. Entretanto, o tribunal pode deferir uma medida liminar para restringir a repetição ou duração do comportamento ilegal. Se uma das partes falha em obedecer à ordem judicial, ela pode ser acusada de desacato ao tribunal (multas, prisão). Na Holanda, também está previsto na lei processual civil que uma cominação de cunho pecuniário pode ser aplicada contra pessoas jurídicas de direito público. (tradução nossa).³¹²

É certo que, nos tribunais administrativos ou judiciais dos países integrantes da União Europeia, uma de suas grandes preocupações é com a efetividade de seus julgamentos, que depende do reconhecimento do direito e do cumprimento das decisões em tempo razoável.

³¹⁰ CANTOARIO, Diego Martinez Fervenza. Considerações sobre o projeto de lei 5.080/2009 – A nova lei de execução fiscal. *Revista Tributária e de Finanças Públicas*, São Paulo, n. 91, p. 11-42, mar./abr. 2010. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 20-21.

³¹¹ OBSERVATORY FOR INSTITUTIONAL AND LEGAL CHANGES OF THE UNIVERSITY OF LIMOGES. *Administrative Justice in Europe*. Traduit par Adam Warren. 1^{ère}. Édition. Presses Universitaires de France, 2007, ISBN 978-2-13-056041-8, p. 69-70.

³¹² O texto em língua estrangeira é: “In Ireland, the system for executing decisions even left up to the parties and to private individuals. However, the court may issue an injunction to restrain the repetition or duration of the unlawful behavior. If a party fails to comply with a court order, it may be committed for contempt of court (fines, imprisonment). In the Netherlands, it is also under the law of civil procedure that a pecuniary penalty can be enforced against public persons”. OBSERVATORY FOR INSTITUTIONAL AND LEGAL CHANGES OF THE UNIVERSITY OF LIMOGES. *Administrative Justice in Europe*. Traduit par Adam Warren. 1^{ère}. Édition. Presses Universitaires de France, 2007, ISBN 978-2-13-056041-8, p. 76.

De fato, o princípio da tutela jurisdicional efetiva, no plano executivo, supõe que todo tipo de providência de execução possa ser adotado pela jurisdição administrativa.³¹³

Destarte, as decisões da justiça administrativa, para garantia da tutela jurisdicional efetiva, devem ter o atributo da definitividade e da autoexecutoriedade, caso não sejam reformadas pelo Poder Judiciário, por meio de recurso da parte interessada, de competência da segunda instância da Justiça Federal (Tribunais Regionais Federais ou Turmas Recursais dos Juizados Especiais Federais), a depender do valor da causa.

Em consequência, propõe-se modelo intermediário de justiça administrativa, no qual o julgamento dos recursos contra as sentenças do contencioso administrativo seja de competência dos Tribunais Regionais Federais e das Turmas Recursais dos Juizados Especiais Federais, a depender do valor da causa, como ocorre, atualmente, em relação às varas federais e juizados especiais federais.

Somente no caso de as partes não interporem recurso dirigido à justiça ordinária, a sentença proferida na justiça administrativa previdenciária fará coisa julgada material, que é a imutabilidade dos efeitos da sentença proferida.

Como adverte Arruda Alvim³¹⁴, a imutabilidade dos efeitos da sentença não é, de per si, um efeito; mas é a qualidade dos efeitos, sejam eles declaratórios, constitutivos ou condenatórios, de per si, imutáveis.

Ademais, não se excluiria a competência do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal para análise dos recursos contra decisão da justiça administrativa previdenciária que violasse, em tese, lei federal e a Constituição Federal.³¹⁵

³¹³ Em Portugal, deixou de ser, depois das mudanças trazidas pela reforma do contencioso administrativo português (Lei n. 13/2002 e Lei n. 15/2002), uma jurisdição com poderes limitados. AMARAL, Diogo Freitas do; ALMEIDA, Mário Aroso de. *Grandes linhas da reforma do contencioso administrativo*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2007, p. 55.

³¹⁴ ALVIM, Arruda. *Direito processual civil*. v. 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1972, p.66.

³¹⁵ Por fim, deve-se notar que as cortes constitucionais podem ser investidas de uma competência judicial administrativa especializada. É o caso da Espanha em conflito positivo de competência entre o Estado e as Comunidades Autônomas, na Itália para

Adotar-se-ia o rito dos juizados especiais federais para as demandas relativas às questões previdenciárias e assistenciais na justiça administrativa. Já nas demandas excluídas da competência dos juizados especiais federais, em razão do valor da causa, de competência das varas federais, adotar-se-ia o rito sumário; ante a ausência do Código de Processo Administrativo, seria aplicado o procedimento do Código de Processo Civil, provisoriamente.

O modelo de contencioso administrativo previdenciário ora proposto deve assegurar aos seus servidores (juizadores) algumas das garantias dos juízes da justiça ordinária para que possam decidir com imparcialidade.

Releva esclarecer que os servidores do contencioso administrativo devem fazer parte do Poder Executivo, uma vez que a jurisdição administrativa será prestada pelo Poder Executivo e não pelo Judiciário.

Então, conforme já se ressaltou, é necessário que esses servidores (juizadores) dos contenciosos administrativos tenham algumas das prerrogativas dos membros do Poder Judiciário, entre as quais se destacam a inamovibilidade, o foro por prerrogativa de função e a irredutibilidade dos vencimentos, excetuada a prerrogativa da vitaliciedade, mas garantida a estabilidade no cargo.³¹⁶

Vale frisar que, no sistema do contencioso administrativo, por força da jurisprudência da Corte Europeia de Direitos Humanos, é indispensável a garantia da imparcialidade dos juízes administrativos.

Por fim, a corroborar esse entendimento, adverte Jean-Claude Ricci que essa exigência de imparcialidade das autoridades administrativas

conflitos de competência entre as diversas autoridades estatais, entre o Estado e as Regiões e entre Regiões ou, de forma bastante esporádica na França, para certas disputas eleitorais. (tradução nossa). O texto em língua estrangeira é: “Lastly, it should be noted that the constitutional courts may be vested with a specialist administrative judicial competence. This is the case in Spain for positive disputes of competence between the State and the Autonomous Communities, in Italy for conflicts of remit between the various State authorities, between the State and the Regions and between Regions or, very marginally in France, for certain electoral disputes”. OBSERVATORY FOR INSTITUTIONAL AND LEGAL CHANGES OF THE UNIVERSITY OF LIMOGES. *Administrative Justice in Europe*. Traduit par Adam Warren. 1^{ère}. Édition. Presses Universitaires de France, 2007, ISBN 978-2-13-056041-8, p. 33.

³¹⁶ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Tribunais administrativos para o controle da legalidade dos atos do poder público na República Federativa do Brasil* (tese de docência). Rio de Janeiro: Borsoi, 1971, p. 58.

julgadoras constitui princípio geral do direito e consta do artigo 6º, § 1º, da Convenção Europeia de Direitos do Homem.³¹⁷

³¹⁷ RICCI, Jean-Claude. *Contentieux administratif*. 2nd édition. Paris: Hachette, 2007, p. 32, apud CANTOARIO, Diego Martinez Ferverza. Considerações sobre o projeto de lei 5.080/2009 – A nova lei de execução fiscal. *Revista Tributária e de Finanças Públicas*, São Paulo, n. 91, p. 11-42, mar./abr. 2010. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 20-21.

CAPÍTULO 5

5.1 A “DESJUDICIALIZAÇÃO” DA EXECUÇÃO FISCAL

5.1.1 Considerações gerais

A execução fiscal pode ser definida como a ação por meio da qual a Fazenda Pública cobra seus créditos tributários e não tributários³¹⁸, desde que estejam inscritos em dívida ativa.

No Brasil, o legislador optou por modelo exclusivamente judicial de execução fiscal, em procedimento regulado por lei especial, a Lei n. 6.830/1980, que substituiu o Decreto-Lei n. 960, de 1938.³¹⁹

Esse monopólio judicial é consequência da adoção do sistema de jurisdição una, diferentemente de outros países nos quais é adotado sistema dualista de jurisdição, em que o Poder Judiciário não é o único a exercer jurisdição, pois existe a justiça administrativa exercida por órgãos integrantes do Poder Executivo.

Logo, em países que adotam o contencioso administrativo, a execução fiscal corre, em regra, na via administrativa; entre tais países destacam-se Portugal, Espanha e Alemanha.

Nos Estados Unidos da América, apesar de adotado o modelo de jurisdição una, há execução fiscal administrativa e execução fiscal judicial.³²⁰

Nos países em que há notória preocupação com o direito fundamental à tutela jurídica efetiva, o contencioso administrativo engloba a execução fiscal para cobrança de créditos fiscais, com todas as vantagens da via administrativa, como o maior grau de especialização dos julgadores em

³¹⁸ A dívida ativa não tributária, conforme o artigo 39, § 2º, da Lei n. 4.320/64, compreende os créditos resultantes de obrigações vencidas e previstas em lei, regulamento ou contrato (artigo 52). ASSIS, Akaren de. *Manual de execução*. 9 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 939.

³¹⁹ GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. *A execução fiscal administrativa no direito tributário comparado*. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 11.

³²⁰ Nos Estados Unidos da América, os dois modelos de execução fiscal coexistem, no entanto, a mais utilizada é a execução fiscal administrativa, muito mais célere do que a via judicial. GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. *A execução fiscal administrativa no direito tributário comparado*. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 120.

relação ao objeto das demandas e a adoção de procedimentos menos formais e mais céleres.

Releva mencionar que, em Portugal e Espanha, a execução fiscal se desdobra na esfera administrativa; nesses países, cabe à Administração Pública a realização de atos de constrição em desfavor do contribuinte, bem como o julgamento de possíveis exceções apresentadas por ele.³²¹

Da mesma forma que o contencioso administrativo a envolver as lides ajuizadas pelo cidadão em face da Administração Pública, para o sucesso do sistema de execução fiscal administrativa é indispensável que o executado possa exercer, na via administrativa, a defesa de seus direitos fundamentais, oponíveis ao Fisco na esfera judicial.

Nesse contexto, o sistema tributário português recebia merecidas críticas pela ausência de lei geral tributária que dispusesse sobre as regras fundamentais do sistema fiscal, estabelecesse as garantias dos contribuintes e delimitasse os poderes da Administração Pública na relação jurídica tributária.

Assim, cedendo às críticas, esse cenário foi positivamente alterado pelo Governo português; primeiro, pela Lei Geral Tributária, de 30 de novembro de 1998; em seguida, pelo Código de Processo Tributário, de 26 de outubro de 1999, e, por fim, pelo Estatuto dos Tribunais Administrativos Fiscais, de 19 de fevereiro de 2002.³²²

Essas medidas legislativas tiveram o propósito de permitir ao executado a defesa de seus direitos fundamentais na via administrativa, além de conferir eficácia e independência ao sistema tributário e à execução fiscal em Portugal, cujo procedimento é regulado pelo Código de Processo Tributário.

³²¹ GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. *A execução fiscal administrativa no direito tributário comparado*. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 24.

³²² GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. *A execução fiscal administrativa no direito tributário comparado*. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 148 e 151.

De fato, essas reformas estruturais no sistema jurídico de Portugal não ocorreram por acaso, elas foram necessárias para garantir a modernização gerencial própria dos países integrantes da União Europeia.³²³

A concepção de execução fiscal célere, que não tramita no Judiciário, ainda não existe no Brasil. Aqui, adota-se um sistema tributário sem justiça fiscal e, sobretudo, com uma burocrática execução fiscal judicial, que tem como título executivo a certidão de dívida ativa, com base na qual a Fazenda Pública pode instaurar o processo de execução fiscal.

Ademais, uma das críticas mais contundentes à execução fiscal diz respeito à forma de constituição da certidão de dívida ativa, que se dá por iniciativa exclusiva do credor.

Algumas observações são oportunas. A Lei n. 6.830/1980 recebe merecidas críticas por conter preceitos autoritários, linguagem obscura e confusa. Nesse contexto, cabe ao Judiciário a difícil tarefa de contornar tais vícios de linguagem, bem como de reinterpretar a referida lei à luz da Constituição da República de 1988.³²⁴

Uma das impropriedades da Lei n. 6.830/1980 é encontrada no seu artigo 38, *caput*, ao dispor que “a discussão judicial da dívida ativa da Fazenda Pública só é admissível em execução”³²⁵, em vez de usar o termo “embargos” como o meio processual para se impugnar o mérito da execução fiscal.

Outra observação importante é feita por Araken de Assis³²⁶, ao ressaltar que o artigo 2º, § 3º, da Lei n. 6.830/1980 é criticado porque nele se confundiu “lançamento” com “inscrição”, a se supor que o mesmo órgão administrativo realizasse ambos os atos. Ocorre que o controle da legalidade se dá com o lançamento do crédito tributário, em que a autoridade administrativa pratica ato para “verificar a ocorrência do fato gerador da

³²³ GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. *A execução fiscal administrativa no direito tributário comparado*. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 149.

³²⁴ ASSIS, Akaren de. *Manual de execução*. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 939.

³²⁵ BRASIL. *Lei n. 6.830, de 22 de setembro de 1980*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6830.htm>. Acesso em: 10 set. 2013.

³²⁶ ASSIS, Akaren de. *Manual de execução*. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 953.

obrigação correspondente, determinar a matéria tributável, calcular o montante do tributo devido, identificar o sujeito passivo” (artigo 142, *caput*, do Código Tributário Nacional)³²⁷. Assim, a inscrição do crédito tributário em dívida ativa caracteriza-se como ato administrativo de controle suplementar da legalidade, restrito a aspectos formais.

Acrescente-se que esse processo judicial diferenciado de execução da dívida ativa foi elaborado com a finalidade de propiciar mais agilidade à cobrança dos créditos fazendários. No entanto, a execução fiscal mostrou-se procedimento ineficiente e moroso, a se considerar, principalmente, que a fase judicial dura mais tempo que a fase administrativa; a fase judicial da execução fiscal demora, em média, doze anos para ser concluída.³²⁸

Ademais, a ineficiência do modelo atual de execução fiscal favorece os contribuintes inadimplentes, estimula a sonegação e causa desequilíbrio à livre concorrência, ao possibilitar que grandes devedores contumazes possam colocar no mercado produtos com preços menores que seus concorrentes, os quais, ao cumprirem suas obrigações com o Fisco, aumentam o custo de sua produção.

O Brasil tem alta carga tributária e ocupa a trigésima posição no *ranking* liderado pelos Estados Unidos da América³²⁹, sem, no entanto, retribuir os cidadãos com serviços públicos eficientes como saúde, educação, segurança, infraestrutura, no mesmo nível dos países de primeiro mundo, além

³²⁷ BRASIL. *Código Tributário Nacional*. Lei n. 5.172, de 25 de outubro de 1966. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/15172.htm>. Acesso em: 10 set. 2013.

³²⁸ BRASIL. Câmara dos Deputados. *Projeto de Lei n. 5.080/2009*. (Exposição de Motivos) Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=648721&file_name=Tramitacao-PL+5080/2009>. Acesso em: 10 set. 2013.

³²⁹ O Brasil, com carga tributária sobre o PIB [Produto Interno Bruto] de 36,02%, com IDH [Índice de Desenvolvimento Urbano] 0,730 e Irbes [Índice de Retorno de Bem-Estar à Sociedade] em 135,63, ocupa o 30º lugar de ranking liderado pelos EUA; com imposto a 25,10% (um terço menor que o nosso), consegue IDH de 0,937 e Irbes de 165,78. Por outro lado, bem próximo do Brasil, na 29ª posição, surge a Dinamarca, que, com 45% (25% maior que a nossa) e IDH de 0,901 (cerca de 20% melhor que o nosso), tem Irbes de 139,84, apenas 4,21 pontos acima. NOGUEIRA, Marcelo. Mito da carga tributária brasileira. *O Dia*, Rio de Janeiro, 1 ago. 2013. Disponível em: <<http://odia.ig.com.br/noticia/opiniao/2013-08-01/marcelo-nogueira-mito-da-carga-tributaria-brasileira.html>>. Acesso em: 10 set. 2013.

de a tributação no Brasil ser injusta com a maioria da população, pois a carga tributária onera mais os mais pobres.³³⁰

No entanto, deve-se ter em mente que esses fatos não podem servir de argumento para a cultura de incentivo à sonegação, notadamente porque o maior peso da tributação se dá com os impostos indiretos, que incidem sobre a produção e o consumo, e não decorre de impostos pessoais, como o imposto de renda da pessoa física, em que se apura o valor devido com base em alíquotas progressivas³³¹, as quais, no Brasil, atingem até 27,5% (na Suécia, tais alíquotas chegam a 58,2%; na Alemanha, a 51,2%; na Argentina, a 35%, e no Chile, a 45%, apesar de este último não oferecer ensino superior gratuito e não dispor de sistema de seguridade social público).³³² A carga tributária no Brasil é 67% maior que a média da América Latina.³³³

Nesse contexto de críticas ao modelo atual, entende-se oportuno o Projeto de Lei n. 5.080/2009, mais conhecido como a nova lei de execução fiscal. O projeto contém importantes alterações para o sistema da execução fiscal, como a possibilidade de atos de constrição realizados pela autoridade administrativa e a instituição do Sistema Nacional de Informações Patrimoniais dos Contribuintes.

O citado Projeto de Lei n. 5.080/2009 foi elaborado com base em consenso entre órgãos dos Poderes Executivo e Judiciário.

Na exposição de motivos do Projeto de Lei n. 5.080/2009, ressalta-se que o objetivo do projeto é a diminuição da litigiosidade, além do

³³⁰ Segundo Misabel Derzi, quem recebe, no Brasil, até dois salários mínimos suporta quase 50% de seus rendimentos em tributos incidentes sobre o consumo. A partir de 20 salários mínimos, os tributos correspondem a 25% dos rendimentos do contribuinte. DERZI, Misabel. Chega de tributo. *Revista Viver Brasil*. Disponível em: <<http://www.revistaviverbrasil.com.br/64/materias/01/economia/chega-de-tributo/>>. Acesso em: 10 set. 2013.

³³¹ Como pondera Aliomar Baleeiro, a progressividade nos tributos é a única técnica que permite a personalização dos impostos, como determina, expressamente, o artigo 145, § 1º, da Constituição da República de 1988. BALEEIRO, Aliomar. *Direito tributário brasileiro*. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 293.

³³² NOGUEIRA, Marcelo. Mito da carga tributária brasileira. *O Dia*, Rio de Janeiro, 1 ago. 2013. Disponível em: <<http://odia.ig.com.br/noticia/opiniao/2013-08-01/marcelo-nogueira-mito-da-carga-tributaria-brasileira.html>>. Acesso em: 10 set. 2013.

³³³ SCHREIBER, MARIANA. Carga tributária no Brasil é 67% maior que a média da América Latina. *Folha de S. Paulo*, São Paulo, 13 nov. 2012. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/mercado/1184981-carga-tributaria-no-brasil-e-67-maior-que-media-da-america-latina.shtml>>. Acesso em: 10 set. 2013.

estímulo ao cumprimento voluntário das obrigações tributárias e da eficiência da execução fiscal.

De fato, sabe-se que o procedimento da execução fiscal previsto na Lei n. 6.830/1980 tem alto custo financeiro e pouca efetividade. Ademais, os processos de execução fiscal representam expressivo percentual em relação à totalidade de processos em tramitação na Justiça Federal.³³⁴

Releva, ainda, mencionar que a “desjudicialização” de determinadas demandas não é novidade no ordenamento jurídico brasileiro, visto que, com a Lei n. 11.441, de 2007, desde que observados alguns requisitos legais, os inventários e partilhas de bens, a separação consensual e o divórcio consensual podem ocorrer sem a intervenção do Judiciário.

A propósito do tema, observou Antônio César Bochenek:

A desjudicialização das demandas de execução fiscal pode trazer um importante impacto positivo na velocidade da própria prestação jurisdicional, liberando importantes recursos, materiais e humanos, que poderão ser empregados na solução de lides mais complexas.³³⁵

Concorda-se com Antônio César Bochenek, pois, como visto, a “desjudicialização” da execução fiscal – assim como a reintrodução do contencioso administrativo no ordenamento jurídico brasileiro, conforme ora proposto – apresenta muitos aspectos positivos.

³³⁴ De acordo com os dados oficiais do Conselho da Justiça Federal, no dia 30/09/2008, tramitavam na Justiça Federal 6.088.158 processos, dos quais 2.897.458 eram processos de execução fiscal, promovidos pela União e autarquias federais, ou seja, aproximadamente 40% dos processos em tramitação na Justiça Federal correspondiam às execuções fiscais. BOCHENEK, Antônio César. *A interação entre tribunais e democracia por meio do acesso aos direitos e à justiça: análise de experiência dos juizados especiais federais cíveis brasileiros*. 2012. 546 p. Tese (Doutoramento em Direito, Justiça e Cidadania no Século XXI). Faculdade de Economia e Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Portugal, 2012. Série Monografias do CEJ, v. 15, jan./abr. 2013. Brasília: Conselho da Justiça Federal, 2013, 563 p., p. 276. Disponível em: <<http://www2.cjf.jus.br/ojs2/index.php/mono/article/view/1786/1747>>. Acesso em: 15 jul. 2013.

³³⁵ BOCHENEK, Antônio César. *A interação entre tribunais e democracia por meio do acesso aos direitos e à justiça: análise de experiência dos juizados especiais federais cíveis brasileiros*. 2012. 546 p. Tese (Doutoramento em Direito, Justiça e Cidadania no Século XXI). Faculdade de Economia e Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Portugal, 2012. Série Monografias do CEJ, v. 15, jan./abr. 2013. Brasília: Conselho da Justiça Federal, 2013, 563 p., p. 276. Disponível em: <<http://www2.cjf.jus.br/ojs2/index.php/mono/article/view/1786/1747>>. Acesso em: 15 jul. 2013.

Relevante novidade constante do mencionado projeto de lei de execução fiscal administrativa é a instituição, pelo Poder Executivo, do Sistema Nacional de Informações Patrimoniais dos Contribuintes (SNIPC), administrado pelo Ministério da Fazenda. Nesse ponto, críticas poderiam ser feitas ao sistema no sentido de ele incorrer em desrespeito a direitos fundamentais dos contribuintes, com violação da intimidade e quebra do sigilo bancário, conforme dispõem os incisos X e XII do artigo 5º da Constituição da República de 1988.

No entanto, essas alegações não têm fundamento. A criação do Sistema Nacional de Informações Patrimoniais dos Contribuintes (SNIPC), como instrumento utilizado para verificação da situação patrimonial dos contribuintes, seja de bens móveis, seja de bens imóveis registrados, pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios, visa a eliminar uma das principais causas de ineficácia do processo executivo fiscal: a ausência de bens dos executados.

Ademais, conforme já ressaltado, esse procedimento administrativo de cobrança de crédito pela Fazenda Pública é usado em vários países desenvolvidos como Portugal, Espanha, Alemanha, Estados Unidos da América e Suécia.³³⁶

Daí se infere que a execução fiscal administrativa é adotada em países que possuem sistema processual bem avançado e preocupação com os direitos fundamentais, como Alemanha e Estados Unidos da América.

Outro aspecto do projeto de lei de execução fiscal administrativa que recebe crítica é a proibição de que particulares tenham acesso aos dados do citado cadastro do Sistema Nacional de Informações Patrimoniais dos Contribuintes (SNIPC) para que, com base nas informações do cadastro, credores privados possam encontrar bens penhoráveis do devedor.

³³⁶ Nos Estados Unidos da América, a penhora administrativa pode incidir, até, sobre os salários do devedor. Calmon de Passos noticia que, em 1982, funcionava na Suécia uma autarquia – não integrante do Poder Judiciário – com a função de executar as decisões judiciais. Esse órgão cobrava, também, títulos executivos e multas penais. BARROS, Humberto Gomes de. Execução fiscal administrativa. *Revista CEJ*, Brasília, Ano XI, n. 39, p. 4-9, out./dez. 2007, p. 8. Disponível em: <<http://www2.cjf.jus.br/ojs2/index.php/revcej/article/view/941/1114>>. Acesso em: 16 nov. 2013.

Entende-se que esse tratamento diferenciado não se justifica, pois mecanismos de controle do acesso ao cadastro do Sistema Nacional de Informações Patrimoniais dos Contribuintes (SNIPC) podem permitir a identificação dos usuários que acessam o sistema, além de se imporem limites ao uso das informações a determinados casos como, por exemplo, com a comprovação de processo em curso contra o devedor integrante do cadastro.

A corroborar esse entendimento, confira-se a doutrina:

A segunda crítica ao SNIPC é, uma vez instituído, impedir os particulares de terem acesso a este cadastro, parece ser um tratamento diferenciado pouco justificável, especialmente quando considerados os atuais desafios do processo de execução, dentre os quais a localização dos bens merece relevante destaque. Nesse ponto, é preciso ressaltar o papel que a boa-fé pode desempenhar no controle do acesso de particulares ao cadastro.³³⁷

Como visto anteriormente, na proposta de reintrodução do contencioso administrativo no ordenamento jurídico brasileiro, o Judiciário só atuará no julgamento de recurso interposto. Da mesma forma, ocorrerá no processo de execução fiscal administrativa, em que o Judiciário só atuará no julgamento de embargos opostos pelo devedor.

Logo, o ponto comum entre o contencioso administrativo e a execução fiscal administrativa é que, nas duas situações, não se exclui o acesso ao Judiciário, mas somente se posterga tal acesso para momento específico, qual seja, no caso da execução fiscal administrativa, o do julgamento de embargos à execução opostos pelo contribuinte.

Por outro lado, não se pode perder de vista, como esclarece Gustavo Silveira Siqueira, que

As leis são criadas, revogadas, violadas, interpretadas, reconstruídas doutrinariamente, contrapostas a princípios de natureza não legal (jus-naturalismo, pós-positivismo, pluralismo), aplicadas e todos esses elementos são parte das realidades do direito, são parte das experiências jurídicas que vivem uma sociedade.³³⁸

³³⁷ CANTOARIO, Diego Martinez Fervenza. Considerações sobre o projeto de lei 5.080/2009 – A nova lei de execução fiscal. *Revista Tributária e de Finanças Públicas*, São Paulo, n. 91, p. 11-42, mar./abr. 2010, p. 25. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

³³⁸ SIQUEIRA, Gustavo Silveira. *História do Direito pelos Movimentos Sociais: Cidadania, Experiências e Antropofagia Jurídica nas Estradas de Ferro* (Brasil, 1906).

Dessa forma, as leis devem refletir os valores de determinada sociedade; são muitas as tensões e as contradições sociais causadas pelo Direito; de um lado se tem a cultura de hipertrofia do Judiciário, e de outro, a busca da tutela jurídica efetiva.

Logo, a delegação à Administração Pública do processo de execução fiscal, pelo menos até a oposição de embargos à execução pelo devedor contribuinte, representa importante passo em busca do equilíbrio entre as garantias fundamentais dos cidadãos e a efetividade processual.

Há sólidos argumentos favoráveis à adoção do procedimento de execução fiscal administrativa na exposição de motivos do Projeto de Lei n. 5.080/2009:

26. No tocante ao exercício da ampla defesa e do contraditório por parte do executado, bem como quanto à garantia de acesso ao Judiciário, destacam-se os seguintes aspectos do modelo em foco:
 - 1) a desnecessidade de garantir o crédito para impugnar a execução no Judiciário;
 - 2) maior prazo para apresentação dos embargos (até noventa dias contados da notificação da inscrição em dívida ativa);
 - 3) possibilidade de apresentar, no âmbito administrativo, impugnação de pré-executividade;
 - 4) a constrição de bens pela administração só ocorre após o executado deixar de apresentar garantia no prazo de sessenta dias da respectiva notificação; e
 - 5) possibilidade de o executado requerer e obter do juízo federal liminar para suspender o curso da execução.³³⁹

Observa-se, assim, que os autores do projeto de lei da execução fiscal administrativa tiveram a preocupação de garantir o direito de defesa do contribuinte, com a possibilidade de acesso ao Judiciário em caso de abusos cometidos pela Fazenda Pública.

2011. 142 f. Tese (Doutorado em Direito). Faculdade de Direito. Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, Minas Gerais, 2011, p. 25. Disponível em: <http://www.bibliotecadigital.ufmg.br/dspace/bitstream/handle/1843/BUOS-8QCMVU/tese_gustavo_silveira_siqueira_vers_o_defendida.pdf?sequence=1>. Acesso em: 10 set. 2013.

³³⁹ BRASIL. Câmara dos Deputados. *Projeto de Lei n. 5.080/2009*. Exposição de Motivos. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=648721&file_name=Tramitacao-PL+5080/2009>. Acesso em: 10 set. 2013.

Registre-se que, na fase administrativa, a notificação do devedor, da inscrição do crédito tributário em dívida ativa, tem como principal efeito a interrupção da prescrição (artigo 5º, § 10, do Projeto de Lei n. 5.080/2009)³⁴⁰. Sem dúvida, a antecipação do termo inicial da prescrição para a fase administrativa evitará a repetição do que ocorre atualmente, com o ajuizamento de execuções fiscais, no Judiciário, com o único efeito positivo de impedir a consumação da prescrição, em razão da ausência de solvência do executado.

Assim, na execução fiscal administrativa, o Judiciário somente atuará se houver indicação, pelo Fisco, dos bens a serem penhorados. Em outros termos, o artigo 13, *caput*, e § 2º, do Projeto de Lei n. 5.080/2009³⁴¹ cria condição de procedibilidade para o ajuizamento da execução fiscal, qual seja, a existência de constrição preparatória ou a comprovação de funcionamento da empresa executada, na hipótese de penhora do faturamento.

Nesse sentido é o entendimento de Gutenberg Gonçalves Martins:

Importante frisar que o artigo 3º, combinado com o artigo 9º do projeto de lei, retira e transfere do Judiciário para a Fazenda Pública a tarefa de localizar e bloquear, provisoriamente, bens destinados à garantia do juízo. Contudo, este bloqueio somente será definitivo, ou seja, convolado em penhora ou arresto com o despacho do juiz que determinar a citação (art. 13, § 7º, II, do projeto de lei).³⁴²

Na fase administrativa, o devedor é notificado para pagar a dívida, parcelá-la ou oferecer garantia, no prazo de 60 (sessenta) dias. Após o decurso desse prazo, sem manifestação do devedor, a Fazenda Pública iniciará atos preparatórios de constrição.

Para maior celeridade do rito, a notificação do devedor será feita mediante carta com aviso de recebimento, ou por meio informatizado, com

³⁴⁰ BRASIL. Câmara dos Deputados. *Projeto de Lei n. 5.080/2009*. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=648721&file name=Tramitacao-PL+5080/2009>. Acesso em: 10 set. 2013.

³⁴¹ BRASIL. Câmara dos Deputados. *Projeto de Lei n. 5.080/2009*. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=648721&file name=Tramitacao-PL+5080/2009>. Acesso em: 10 set. 2013.

³⁴² MARTINS, Gutenberg Gonçalves. Execução fiscal administrativa: análise da eficiência da cobrança do crédito público proposta pelo projeto de lei n. 5.080/09. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 16, n. 2961, 10 ago. 2011. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/19728>>. Acesso em: 10 set. 2013.

comprovação do recebimento da notificação, conforme dispõe o artigo 6º, *caput*, do Projeto de Lei n. 5.080/2009³⁴³.

Por outro lado, o executado tem de colaborar com a execução fiscal, porque deve informar onde se encontram seus bens e direitos, incluídos os alienados após a inscrição do crédito tributário em dívida ativa (artigo 5º, § 4º, do Projeto de Lei n. 5.080/2009³⁴⁴), sob pena de cometimento de infração à lei, na forma do § 3º do artigo 5º do Projeto de Lei n. 5.080/2009.³⁴⁵

A autoridade administrativa pode realizar atos de constrição preparatórios, a avaliação dos bens, a intimação da constrição e o seu registro (artigo 9º, I, II e III, do Projeto de Lei n. 5.080/2009). Após a efetivação da primeira constrição, a execução fiscal deverá ser ajuizada no prazo de 30 (trinta) dias (artigo 13, *caput*, do Projeto de Lei n. 5.080/2009)³⁴⁶.

Nesse sentido, com a alteração do processo de execução em decorrência da Lei n. 11.382/2006, o § 1º do artigo 739-A do Código de Processo Civil³⁴⁷ passou a exigir que o devedor garantisse o juízo somente para atribuição de efeito suspensivo aos embargos à execução. A partir de

³⁴³ BRASIL. Câmara dos Deputados. *Projeto de Lei n. 5.080/2009*. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=648721&file name=Tramitacao-PL+5080/2009>. Acesso em: 10 set. 2013.

³⁴⁴ BRASIL. Câmara dos Deputados. *Projeto de Lei n. 5.080/2009*. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=648721&file name=Tramitacao-PL+5080/2009>. Acesso em: 10 set. 2013.

³⁴⁵ Mas o § 3º do artigo 5º do Projeto de Lei n. 5.080/2009 dispõe: “O descumprimento da obrigação estabelecida no § 2º constituirá infração à lei, para fins do disposto no art. 135 do Código tributário Nacional (que diz: “São pessoalmente responsáveis os sócios, diretores e gerentes [por] atos praticados com excesso de poderes ou infração à lei”). Ou seja: **o anteprojeto qualifica como excesso de poder ou infração à lei o devedor não relacionar quais são e onde se encontram todos os bens que possui, isso é infração**. MANEIRA, Eduardo. A execução fiscal administrativa e os direitos do contribuinte. *Revista Internacional de Direito Tributário da Associação Brasileira de Direito Tributário*, v. 8, p. 1-4, jul./dez. 2007. Belo Horizonte: Del Rey, 2008, p. 3. (grifo nosso). Disponível em: <<http://sachalmon.wengine.netdna-cdn.com/wp-content/uploads/2010/11/A-Execucao-Fiscal-Administrativa-e-os-Direitos-do-Contribuinte.pdf>>. Acesso em: 20 nov. 2013.

³⁴⁶ BRASIL. Câmara dos Deputados. *Projeto de Lei n. 5.080/2009*. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=648721&file name=Tramitacao-PL+5080/2009>. Acesso em: 10 set. 2013.

³⁴⁷ Art. 739-A. Os embargos do executado não terão efeito suspensivo. (Incluído pela Lei n. 11.382, de 2006). § 1º O juiz poderá, a requerimento do embargante, atribuir efeito suspensivo aos embargos quando, sendo relevantes seus fundamentos, o prosseguimento da execução manifestamente possa causar ao executado grave dano de difícil ou incerta reparação, e desde que a execução já esteja garantida por penhora, depósito ou caução suficientes. (Incluído pela Lei n. 11.382, de 2006). BRASIL. *Código de Processo Civil*. Lei n. 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5869.htm>. Acesso em: 10 nov. 2013.

então, a jurisprudência passou a admitir a aplicação desse dispositivo aos processos de execução fiscal.

Esse entendimento já se consolidou no Superior Tribunal de Justiça:

PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. EFEITO SUSPENSIVO. LEI 11.382/2006. REFORMAS PROCESSUAIS. INCLUSÃO DO ART. 739-A NO CPC. REFLEXOS NA LEI 6.830/1980. "DIÁLOGO DAS FONTES".

1. Após a entrada em vigor da Lei 11.382/2006, que incluiu no CPC o art. 739-A, **os embargos do devedor poderão ser recebidos com efeito suspensivo somente se houver requerimento do embargante e, cumulativamente, estiverem preenchidos os seguintes requisitos: a) relevância da argumentação; b) grave dano de difícil ou incerta reparação; e c) garantia integral do juízo.**

2. A Lei de Execuções Fiscais (Lei 6.830/1980) determina, em seu art. 1º, a aplicação subsidiária das normas do CPC.

3. As alterações promovidas pela Lei 11.382/2006, notadamente o art. 739-A, § 1º, do CPC, são plenamente aplicáveis aos processos regidos pela Lei 6.830/1980. Precedentes do STJ.

4. Hipótese em que o Tribunal de origem não aferiu risco de grave dano de difícil ou incerta reparação. A revisão desse entendimento demanda o revolvimento do acervo fático-probatório, vedado nos termos da Súmula 7/STJ.

5. Agravo Regimental não provido. (grifo nosso).³⁴⁸

Nessa linha de entendimento, Diego Martinez Fervenza Cantoario assim se manifesta:

A jurisprudência tem se inclinado a aplicar este dispositivo à Lei n. 6.830/1980, subordinando a concessão de efeito suspensivo aos embargos à garantia do juízo e à possibilidade de grave dano ou de difícil reparação ao executado. A doutrina é vacilante, mas é possível encontrar posicionamentos no mesmo sentido.³⁴⁹

O Projeto de Lei n. 5.080/2009, com acerto, estabelece três formas de defesa pelo contribuinte: a exceção de pré-executividade administrativa, a impugnação fiscal e os embargos (artigos 7º, 11, §§ 2º e 3º, e 22)³⁵⁰. A

³⁴⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Agravo Regimental no Agravo n. 1190402/PR*. Segunda Turma. Relator: Ministro Herman Benjamin, Brasília, DF, decisão publicada em Diário da Justiça Eletrônico em 18/12/2009. Disponível em: <<http://www.jf.jus.br/servicos/magistrado>>. Acesso em: 20 out. 2013.

³⁴⁹ CANTOARIO, Diego Martinez Fervenza. Considerações sobre o projeto de lei 5.080/2009 – A nova lei de execução fiscal. *Revista Tributária e de Finanças Públicas*, São Paulo, n. 91, p. 11-42, mar./abr. 2010. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 34.

³⁵⁰ BRASIL. Câmara dos Deputados. *Projeto de Lei n. 5.080/2009*. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=648721&file name=Tramitacao-PL+5080/2009>. Acesso em: 10 set. 2013.

exceção de pré-executividade não tinha previsão legal, mas já era admitida pela doutrina e pela jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, para se discutirem matérias de ordem pública em execução fiscal, como, por exemplo, ilegitimidade passiva, pressupostos processuais, condições da ação, desde que não houvesse necessidade de dilação probatória.³⁵¹

Assim, esse ponto do projeto de lei representa grande avanço processual, na medida em que admite a exceção de pré-executividade como modalidade de defesa, estabelece prazo de trinta dias, contados da notificação, para o devedor arguir, além de matéria de ordem pública, o pagamento e a compensação anteriores à inscrição do crédito tributário em dívida ativa, na forma do artigo 7º do Projeto de Lei n. 5.080/2009³⁵².

De outro lado, o parágrafo único do artigo 7º do Projeto de Lei n. 5.080/2009 deixa claro que a rejeição de qualquer dos fundamentos da arguição do contribuinte devedor pela Fazenda Pública não impede a sua renovação nos embargos à execução.

De fato, o Projeto de Lei n. 5.080/2009 assegura ao devedor instrumentos de defesa, ou seja, possibilita, de forma mais ampla, o exercício do direito de defesa pelo contribuinte. Registre-se que isso ocorre em razão das duas fases da execução fiscal: uma, administrativa, e outra, judicial; esta última, em regra, dependerá da existência de bens penhoráveis do devedor.

Há quem entenda que esse procedimento com providências administrativas e judiciais ao longo do processo de execução fiscal cria tumulto processual.³⁵³ No entanto, isso não ocorre, porque na fase administrativa se observa o devido processo legal, além de se evitar o ajuizamento de execuções fiscais sem a mínima possibilidade de êxito.

³⁵¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Súmula 393*. A exceção de pré-executividade é admissível na execução fiscal relativamente às matérias conhecíveis de ofício que não demandem dilação probatória. Disponível em <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 3 set. 2013.

³⁵² BRASIL. Câmara dos Deputados. *Projeto de Lei n. 5.080/2009*. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=648721&file_name=Tramitacao-PL+5080/2009>. Acesso em: 10 set. 2013.

³⁵³ HARADA, Kiyoshi. Exame do anteprojeto de lei que dispõe sobre a cobrança de dívida ativa apresentado pela Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional e seu substitutivo. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 12, n. 1430, 1 jun. 2007. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/9968>>. Acesso em: 11 nov. 2013.

Portanto, assim como no contencioso administrativo a parte terá a faculdade de interpor recurso ao Judiciário, na execução fiscal administrativa, o executado insatisfeito terá a ação de embargos³⁵⁴ para que suas alegações sejam analisadas pelo Judiciário, desde que observadas as condições genéricas do legítimo exercício do direito de ação e sejam opostos os embargos no prazo legal.

Com o recebimento dos embargos, será suspensa a execução fiscal administrativa até sentença de improcedência do pedido proferida pelo Judiciário, hipótese em que haverá o prosseguimento do processo de execução. De outro lado, se proferida sentença de procedência do pedido nos embargos, haverá a conversão da suspensão da execução fiscal administrativa em trancamento definitivo da execução.³⁵⁵

A respeito do tema, merece transcrição o comentário de Humberto Gomes de Barros:

Tampouco seria procedente a contradita de que a execução administrativa sacrifica o direito de ampla defesa e desafia a regra da ubiquidade do Poder Judiciário. **É que se reserva ao executado o direito de embargar a execução, recorrendo à Justiça, em caso de atentado a direito seu.** Os pedidos de socorro ao Judiciário são corriqueiros em procedimentos administrativos complexos e valiosos, como aqueles das licitações de obras e serviços. (grifo nosso).³⁵⁶

No que se refere ao argumento da inconstitucionalidade do Projeto de Lei n. 5.080/2009 por violação do princípio do acesso à justiça, entende-se que isso não procede, pelos mesmos argumentos apresentados na defesa da constitucionalidade da reintrodução do contencioso administrativo no

³⁵⁴ O oferecimento dos embargos dá ensejo à formação de novo processo, que não se confunde com o executivo, e tem natureza de um processo de cognição. Nele, invertem-se as posições das partes: autor é o executado embargante, réu é o exequente embargado. Salvo regulamentação específica, aplicam-se ao embargante todas as disposições legais concernentes ao autor, e ao embargado todas as concernentes ao réu. O ponto tem grande relevância prática, v.g., no que concerne à distribuição do ônus da prova: assim, é ao embargante que incumbe provar a alegada insubsistência do crédito exequendo, e não ao embargado de provar-lhe a subsistência. MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Novo processo civil brasileiro*. 21. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 294.

³⁵⁵ MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Novo processo civil brasileiro*. 21. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 296-297.

³⁵⁶ BARROS, Humberto Gomes de. Execução fiscal administrativa. *Revista CEJ*, Brasília, Ano XI, n. 39, p. 4-9, out./dez. 2007, p. 8. Disponível em: <<http://www2.cjf.jus.br/ojs2/index.php/revcej/article/view/941/1114>>. Acesso em: 16 nov. 2013.

ordenamento jurídico brasileiro. Portanto, entende-se que nenhum dispositivo do Projeto de Lei n. 5.080/2009 afronta a Constituição da República de 1988. Todos os argumentos favoráveis à execução fiscal administrativa devem ser somados ao fato de que atos de execução de bens, como penhora e avaliação de bens imóveis, são atos materiais praticados pelo Judiciário, no curso do processo, para se alcançar efetividade na execução fiscal; assim, não são atos jurisdicionais propriamente ditos.

Ademais, como bem ressalta Humberto Gomes de Barros³⁵⁷, ao comentar a execução fiscal administrativa, na cobrança de créditos estatais o Poder Judiciário exerce função para a qual não foi concebido: função administrativa.

E conclui o autor sobre o assunto:

A modernização do Poder Judiciário, acredito, dará um passo decisivo quando a cobrança dos créditos estatais deixar de ser um encargo do Poder Judiciário, deslocando-se para a Administração, onde ganhará agilidade e rendimento econômico. Quando isso ocorrer - estou certo -, o Poder Judiciário respirará aliviado. Em paralelo, será reduzido o número de devedores contumazes.³⁵⁸

A questão é polêmica, notadamente ante a cultura do Judiciário de que a delegação de competências importa suposta “perda de poder dos juízes”.

Mas o Projeto de Lei n. 5.080/2009 pretende transferir ao Poder Executivo trabalho burocrático que atualmente é feito, sem muito resultado, pelas secretarias ou cartórios das varas judiciárias.

Desse modo, com o novo procedimento, sobrá tempo para servidores e magistrados realizarem atos jurisdicionais propriamente ditos, em vez de atuarem como meros “cobradores da dívida ativa”.

Por fim, haverá economia de recursos financeiros e o Judiciário terá mais credibilidade perante a população, o que não ocorre hodiernamente,

³⁵⁷ BARROS, Humberto Gomes de. Execução fiscal administrativa. *Revista CEJ*, Brasília, Ano XI, n. 39, p. 4-9, out./dez. 2007, p. 5. Disponível em: <<http://www2.cjf.jus.br/ojs2/index.php/revcej/article/view/941/1114>>. Acesso em: 16 nov. 2013.

³⁵⁸ BARROS, Humberto Gomes de. Execução fiscal administrativa. *Revista CEJ*, Brasília, Ano XI, n. 39, p. 4-9, out./dez. 2007, p. 8. Disponível em: <<http://www2.cjf.jus.br/ojs2/index.php/revcej/article/view/941/1114>>. Acesso em: 16 nov. 2013.

porque sua imagem vem sendo desgastada em razão do custo e do tempo de tramitação dos processos judiciais.

CONCLUSÃO

A justiça administrativa, destinada a julgar lide de natureza administrativa, pode ser exercida pelo Poder Judiciário, no sistema de jurisdição una, ou pelo contencioso administrativo, no sistema de dualidade de jurisdição.

Em sentido estrito, a justiça administrativa é entendida como os órgãos estatais, separados da jurisdição ordinária, responsáveis pelo julgamento do contencioso administrativo.

Dessa forma, entende-se o contencioso administrativo como sistema de jurisdição em que funções judicantes são atribuídas a uma justiça especial, diversa e independente da judiciária comum, com competência para julgamento das causas em que a Administração Pública seja parte.

No Brasil, adota-se modelo de jurisdição una, diferentemente da maioria dos países europeus, que seguem modelo dualista de jurisdição; aqui, as causas que envolvem os interesses da Administração Pública são julgadas pela jurisdição comum e não pela jurisdição administrativa.

O surgimento da justiça administrativa na Europa se deu com a Revolução Francesa de 1789 e aperfeiçoou-se ao longo da segunda metade do século XIX e na segunda metade do século XX.³⁵⁹

Considera-se que o contencioso administrativo francês teve sua criação justificada por circunstâncias históricas como a não identificação dos magistrados, que vinham do antigo regime absolutista, com as causas da Revolução Francesa, o que fez com que não se confiasse na imparcialidade e independência dos tribunais judiciários para julgamento das demandas em que figurasse a Administração Pública.³⁶⁰

³⁵⁹ Na França, no final do século XVIII, a revolução havia produzido uma transformação de ordem estatal, com o então Conselho de Estado, instituído como órgão consultor de governo e de contencioso administrativo, o qual, posteriormente, passou a ser um órgão mais independente frente à Administração Pública. SILVA, Ricardo Perlingeiro Mendes da; BLANKE, Hermann-Josef; SOMMERMANN, Karl-Peter (Coords.). *Código de jurisdição administrativa: o modelo alemão*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 13-14.

³⁶⁰ DANTAS, José Fernandes. O Tribunal Federal de Recursos e o contencioso administrativo. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 80, n. 286, p. 433-457, 1984, p. 433-434.

Apesar das críticas feitas por parte da doutrina ao contencioso administrativo, com o principal argumento de suposta parcialidade nos julgamentos, é certo que esse sistema dualista de jurisdição tem-se desenvolvido desde o século XIX, com ampliação das garantias jurídicas dos administrados.³⁶¹

Desse modo, hodiernamente é comum na Europa a existência de tribunais administrativos e fiscais, com corpo de juízes especializados, com sólida preparação em matéria administrativa e fiscal.

Tema que desperta grande discussão é o da possibilidade de reintrodução do contencioso administrativo no Brasil, considerado o modelo fracassado da Emenda Constitucional n. 7, de 1977, à Constituição da República de 1967 (Emenda Constitucional n. 1, de 1969), especialmente porque o contencioso administrativo previsto naquela Constituição não chegou a ser implementado.

Questiona-se a respeito da constitucionalidade dessa jurisdição administrativa para as contendas entre Administração Pública e o particular, em virtude do princípio da separação dos poderes estatais e do princípio do acesso à justiça.

Argumenta-se que o princípio da separação de poderes, esboçado por Aristóteles, concebido por Locke e aperfeiçoado por Montesquieu, seria óbice para a reintrodução do contencioso administrativo no Brasil.

No entanto, a leitura tradicional da clássica teoria de separação de poderes estatais é insustentável nas sociedades contemporâneas, porque, como resultado dessa visão conservadora, a prestação jurisdicional não consegue acompanhar a velocidade das transformações sociais, principalmente porque a sociedade brasileira é injusta e desigual.³⁶²

³⁶¹ As razões atuais da permanência desta regra de separação não são mais as de desconfiança das autoridades judiciais, mas pelo reconhecimento de ser indispensável para uma justiça adequada que os juízes tenham conhecimento profundo da Administração, o que não ocorre com os juízes comuns. BARACHO, José Alfredo de Oliveira. Contencioso administrativo. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 80, n. 288, p. 25-46, out./dez. 1984, p. 28.

³⁶² BOCHENEK, Antônio César. *A interação entre tribunais e democracia por meio do acesso aos direitos e à justiça: análise de experiência dos juizados especiais federais cíveis brasileiros*. 2012. 546 p. Tese (Doutoramento em Direito, Justiça e Cidadania no

Cumprer ressaltar que a possibilidade de introdução do contencioso administrativo no Brasil já era debatida pela doutrina desde a Emenda Constitucional n. 1, de 1969, à Constituição da República de 1967³⁶³, em seu artigo 111, o qual, para alguns, possibilitava a criação de tribunais administrativos com poderes jurisdicionais, vinculados ao Poder Executivo.

A doutrina defendia a existência de órgãos administrativos com funções materialmente jurisdicionais, desde que as decisões emanadas de tais órgãos se sujeitassem à apreciação do Poder Judiciário.³⁶⁴

Com a Reforma do Judiciário (Reforma da Magistratura), introduzida em 1977, pela Emenda Constitucional n. 7, de 1977, à Constituição da República de 1967 (Emenda Constitucional n. 1, de 1969), tornou-se possível a criação do contencioso administrativo sem poderes jurisdicionais.

Portanto, a Emenda Constitucional n. 7, de 1977, à Constituição da República de 1967 (Emenda Constitucional n. 1, de 1969), emanada do então Presidente da República Ernesto Geisel, em 1977, não foi a primeira tentativa de introdução do contencioso administrativo no ordenamento jurídico nacional, pois sua criação já estava prevista desde 1969 (Emenda Constitucional n. 1, de 1969).

O grande número de processos em tramitação no Judiciário já era um problema em 1977, tanto que esse fato, entre outros, provocou a citada Reforma do Judiciário cuja finalidade era descongestionar a Justiça Federal, a

Século XXI). Faculdade de Economia e Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Portugal, 2012. Série Monografias do CEJ, v. 15, jan./abr. 2013. Brasília: Conselho da Justiça Federal, 2013, 563 p., p. 81. Disponível em: <<http://www2.cjf.jus.br/ojs2/index.php/mono/article/view/1786/1747>>. Acesso em: 15 jul. 2013.

³⁶³ Isso nunca foi contencioso administrativo. Ou os juízes federais e, depois, o Tribunal Federal de Recursos, julgam tais litígios e estamos, nesse caso, dentro do sistema tradicional de jurisdição una, que é e sempre foi o nosso sistema, o que é confirmado pelo art. 125 da CF de 1969, ou seria criado, realmente, o contencioso administrativo, modelo francês, o que conflitaria com o art. 153, § 4º (A lei não poderá excluir da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão de direito individual). GUALAZZI, Eduardo Lobo Botelho. *Justiça administrativa*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1986, p. 150.

³⁶⁴ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Contencioso administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 1977, p. 71.

qual, na ocasião, já contava 318.000 processos em primeira instância e 7.000 em segunda instância.³⁶⁵

Frise-se que, na época, não foram criados contenciosos administrativos nos moldes do direito comparado, pois lhes era sonogada a função jurisdicional, o que, para a doutrina, seria empregar a expressão “contencioso administrativo” em sentido não técnico, pois as decisões de tal contencioso administrativo deviam fazer coisa julgada e ter a mesma efetividade dos provimentos judiciais.

Nesse ponto, o Presidente da República, na mensagem que antecedeu à outorga da referida Emenda Constitucional n. 7, de 1977, à Constituição da República de 1967 (Emenda Constitucional n. 1, de 1969), ao tratar da criação de órgãos colegiados, federais e estaduais, sem poder jurisdicional, para a decisão de questões fiscais e previdenciárias, ressaltou a impossibilidade de se adotar contencioso administrativo como forma de justiça administrativa, pois isso demandaria um complexo de órgãos inerentes ao sistema como, por exemplo, um Conselho de Estado e um Tribunal de Conflitos.

O modelo que se instituiu à época exigia somente o exaurimento da via administrativa antes de se propor ação judicial. Por conseguinte, o principal efeito dos contenciosos administrativos seria sentido pelo Poder Judiciário, pois muitas ações desnecessárias não chegariam a ser propostas.³⁶⁶

Ocorre que se pretende instituir modelo diferente do que foi proposto pela Emenda Constitucional n. 7, de 1977, à Constituição da República de 1967 (Emenda Constitucional n. 1, de 1969). No modelo ora proposto, o Judiciário somente atuaria em momento posterior, em caso de recurso contra a sentença do contencioso administrativo ou na hipótese de violação do devido processo legal. O contencioso administrativo seria obrigatório em primeira instância, e a sentença por ele proferida faria coisa julgada, se não fosse interposto recurso.

³⁶⁵ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Contencioso administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 1977, p. 71.

³⁶⁶ VASCONCELOS, Caio Tácito Sá Viana Pereira de. Contencioso administrativo. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 75, n. 267, p. 95-99, 1979, p. 98.

Conclui-se que a reintrodução do contencioso administrativo previdenciário no ordenamento jurídico brasileiro deve ser concebida como alternativa de inclusão de milhares de cidadãos que têm seus direitos violados pelo Instituto Nacional do Seguro Social e não encontram, no sistema atual, tutela jurídica efetiva, apesar de o acesso à ordem jurídica justa ser preocupação crescente entre os juristas de todo o mundo.

Numa sociedade democrática³⁶⁷, com leque muito amplo de direitos reconhecidos formalmente pela ordem jurídica, o acesso à ordem jurídica justa revela-se fundamental para garantir a concretização de direitos dos cidadãos, sem discriminação das minorias, de modo a se evitar que o ressentimento de tais minorias seja agravado pela impossibilidade de usufruírem de direitos básicos como, por exemplo, educação, saúde, benefícios previdenciários e assistenciais, bem como pelo descrédito da atividade jurisdicional, que decorre, sobretudo, da morosidade na tramitação dos processos em face da Administração Pública, incluído o Instituto Nacional do Seguro Social.

De modo a assegurar a inclusão das minorias nos direitos previstos nas sociedades democráticas, Habermas apresenta concepção procedimental de política deliberativa. É essa concepção de política deliberativa, mesclada com viés liberal de Estado, de Administração Pública e de Poder Judiciário, que se coloca como pano de fundo no presente trabalho, para que os cidadãos legitimem, racionalmente, as regras do jogo democrático, mediante ampla participação destes nos debates políticos necessários para apresentação de proposta de reintrodução do contencioso administrativo previdenciário no ordenamento jurídico nacional, adaptado à ordem jurídica atual. Contudo, não se deve perder de vista a necessidade da estruturação de canais de participação democrática dos cidadãos no funcionamento desse novo órgão do Poder Executivo, integrante da estrutura administrativa do Instituto Nacional do Seguro Social.

³⁶⁷ Nela, é essencial que o processo democrático também se preste como fiança da integração social de uma sociedade que se mostra cada vez mais diferenciada e autonomizada. HABERMAS, Jürgen. *A inclusão do outro - estudos de teoria política*. 3. ed. São Paulo: Loyola, 2007, p. 140.

Logo, é fundamental que se garanta a participação do cidadão em todas as fases do processo de reintrodução do contencioso administrativo previdenciário no ordenamento jurídico nacional. Para tanto, poderiam ser criados conselhos (fóruns públicos de debates racionais)³⁶⁸ compostos por membros da sociedade civil, por integrantes do Judiciário e da Administração Pública.

Por fim, com o objetivo de garantir o bom funcionamento dessa nova estrutura jurisdicional, é necessária a existência de órgãos de controle dos contenciosos administrativos. Isso pode ser feito por meio de auditorias, corregedorias e ouvidorias, setores internos integrantes dos tribunais administrativos para fiscalizar a atuação dos membros de seus órgãos decisórios, independentemente do controle subsidiário que, de forma semelhante com a que ocorre com o Judiciário, ficaria a cargo do Conselho Nacional de Justiça.

Ademais, para se descongestionar o Judiciário, não basta, apenas, sejam criados mais órgãos na justiça ordinária, com verbas que seriam gastas para se criar a justiça administrativa previdenciária³⁶⁹, notadamente porque a implantação da justiça administrativa especializada, com uso da estrutura já existente do Poder Executivo, mais precisamente do Instituto Nacional do Seguro Social (autarquia federal), teria, certamente, custo bem menor do que aquele necessário para a ampliação da justiça ordinária.³⁷⁰

³⁶⁸ Têm-se exemplos de democracia deliberativa em países como Brasil, Índia e Estados Unidos da América. Belo Horizonte, por exemplo, é uma cidade onde a prefeitura municipal promove o “orçamento participativo”. Uma parte do orçamento público municipal (uma parte ainda muito pequena) é separada para atender as demandas diretamente anunciadas pela população em reuniões previamente marcadas. O Estado (nível municipal) cede uma parte do seu poder deliberativo para a população não organizada formalmente. RODRIGUES, Sérgio Murilo. A democracia deliberativa-argumentativa de Jürgen Habermas. *Revista Eletrônica do Curso de Direito – PUC Minas Serro*, Belo Horizonte, n. 5, p. 19-32, mai. 2012, p. 31. ISSN 2176-977X. Disponível em: <<http://periodicos.pucminas.br/index.php/DireitoSerro/article/view/1965/3937>>. Acesso em: 29 out. 2013.

³⁶⁹ DANTAS, José Fernandes. O Tribunal Federal de Recursos e o contencioso administrativo. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 80, n. 286, p. 433-457, 1984, p. 434.

³⁷⁰ Entretanto, mesmo no Brasil, tem-se o exemplo da Justiça do Trabalho que, sem perda da reconhecida eficiência, dentro de suas formalidades e da rapidez de sua atuação, é muito mais barata que a justiça comum, principalmente a estadual. MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Tribunais administrativos para o controle da legalidade dos atos*

Portanto, são muitas as vantagens de uma justiça especializada em matéria previdenciária, a se considerar, sobretudo, que os juízes brasileiros têm preponderante formação privatista e certa prevenção com relação à Administração Pública; as atividades e os interesses da Administração estão, em regra, distantes da experiência do juiz ordinário.³⁷¹

Considera-se possível a criação da justiça administrativa previdenciária integrante do Poder Executivo, situada, organicamente, na estrutura do Instituto Nacional do Seguro Social, com atribuição ao Poder Judiciário de fiscalização das decisões de tal justiça administrativa mediante recurso, como forma de se prestigiar o acesso à ordem jurídica justa.

Na verdade, é necessária a alteração da Constituição da República por processo legislativo de emenda constitucional, para que seja possível obstar-se o julgamento, em primeira instância, pelo Judiciário, de determinadas demandas em face do Instituto Nacional do Seguro Social, com atribuição à Justiça Federal do papel de instância revisora das decisões administrativas. Nessa perspectiva, não haveria violação ao princípio do acesso à justiça.

Ainda, entender-se necessária a exigência de postulação prévia da pretensão na via administrativa não fere o princípio da inafastabilidade da jurisdição. É, apenas, necessário tal pleito na via administrativa para que se configure o interesse de agir, uma das condições da ação³⁷², seja na justiça ordinária, seja no contencioso administrativo previdenciário.

É inegável que a reintrodução da justiça administrativa no ordenamento jurídico nacional daria mais celeridade à Justiça Federal, com a

do poder público na República Federativa do Brasil (tese de docência). Rio de Janeiro: Borsoi, 1971, p. 63.

³⁷¹ A Administração, às vezes, não é apenas distanciada do juiz ordinário, não lhe é apenas estranha; pode ocorrer que, inconscientemente, por querer ser honesto e imparcial, ele a faça intimamente uma adversária: reagindo contra o poder do Leviatã, o juiz ordinário, curando de exaltar os direitos individuais, acaba pecando por excesso de zelo, entretendo, prejudicando e, inadvertidamente, sacrificando o bem comum por um interesse individual menor não claramente protegido, mercê de uma interpretação da lei com os olhos privatistas, o liberal do Direito. MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Tribunais administrativos para o controle da legalidade dos atos do poder público na República Federativa do Brasil* (tese de docência). Rio de Janeiro: Borsoi, 1971, p. 60.

³⁷² PAULA, Edylcea Tavares Nogueira de. Contencioso administrativo. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, v. 16, n. 62, p. 271-280, abr./jun.1979, p. 272. Disponível em: <<http://www2.senado.gov.br/bdsf/item/id/181131>>. Acesso em: 5 ago. 2013.

retirada de sobrecarga de trabalho das varas cíveis, e, principalmente, dos juizados especiais federais, em demandas relativas a benefícios previdenciários e assistenciais indeferidos pelo Instituto Nacional do Seguro Social. Isso não comprometeria a existência da Justiça Federal.

A uma, porque a Justiça Federal de primeiro grau ainda teria ampla competência para julgamento de demandas propostas em face da Administração Pública Federal, que não seriam julgadas pela justiça administrativa previdenciária. A duas, porque, nos juizados especiais federais, depois das causas previdenciárias e assistenciais, as demandas em face da Caixa Econômica Federal, incluídas as de responsabilidade civil, representam a maior parte dos processos daqueles juízos³⁷³; muitos processos ainda permaneceriam nesses juizados, com a possibilidade de inclusão de mais processos na pauta de audiências, a qual, atualmente, é reservada às audiências previdenciárias e criminais (essas últimas, em número inexpressivo). A três, porque a Justiça Federal, seja nos Tribunais Regionais Federais, seja nas Turmas Recursais dos Juizados Especiais Federais, teria competência para o julgamento dos recursos interpostos contra as decisões da jurisdição administrativa.

Em síntese, conclui-se que a grande vantagem do modelo de justiça administrativa ora proposto consiste na apreciação de conflitos de natureza essencialmente previdenciária por uma justiça composta de órgãos julgadores especializados. Logo, haveria economia de tempo na solução de litígios aparentemente complexos em razão da matéria, de modo a se deixarem para julgamento pela justiça comum causas estranhas ao Direito Previdenciário.

Os servidores do contencioso administrativo, na função de julgadores, devem ter algumas prerrogativas do juiz ordinário, pois, segundo

³⁷³ O Instituto Nacional do Seguro Social (INSS) é réu em 73% das causas que tramitam nos juizados, seguido pela Caixa Econômica Federal (CEF), ré em 15,5% dos processos. BOCHENEK, Antônio César. *A interação entre tribunais e democracia por meio do acesso aos direitos e à justiça: análise de experiência dos juizados especiais federais cíveis brasileiros*. 2012. 546 p. Tese (Doutoramento em Direito, Justiça e Cidadania no Século XXI). Faculdade de Economia e Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Portugal, 2012. Série Monografias do CEJ, v. 15, jan./abr. 2013. Brasília: Conselho da Justiça Federal, 2013, 563 p., p. 256. Disponível em: <<http://www2.cjf.jus.br/ojs2/index.php/mono/article/view/1786/1747>>. Acesso em: 15 jul. 2013.

Diogo de Figueiredo Moreira Neto, com essas prerrogativas, os juízes se sentem em condição de decidir com imparcialidade.

Quanto às ações de execução fiscal, verifica-se, no Relatório “Justiça em números 2013, ano-base 2012”, do Conselho Nacional de Justiça, que cerca de 29,2 milhões de processos de execução fiscal tramitam no Poder Judiciário, número que representa 32% de todos os processos em tramitação no Judiciário brasileiro. Observa-se que, na Justiça Federal, tramitavam, em 2012, cerca de 3,3 milhões de processos de execução fiscal, número que corresponde a mais de 56% dos processos em tramitação naquela Justiça. Ademais, há grande dificuldade de se encerrarem os processos de execução fiscal, visto que o total de casos pendentes de “baixa” “representa 39,3% de todo o estoque e, ainda, 82,1% dos casos pendentes de execução”.³⁷⁴ Com base nesses dados, conclui-se que são altas as taxas de congestionamento nas execuções fiscais. Como bem ressaltou o Conselheiro Guilherme Calmon (do Conselho Nacional de Justiça):

Esta é a hora de apresentarmos algumas soluções para minimizarmos esses problemas que as execuções têm gerado, não só por causa do quantitativo de processos da Justiça Federal, mas também por causa de uma alta taxa de congestionamento.³⁷⁵

Para Calmon, percebe-se que o trabalho de cobrança de tributos feito pelo Poder Executivo acaba sendo improdutivo, pois, quando os processos chegam ao Judiciário, não são resolvidos e ficam parados, porque os devedores não são encontrados ou porque não possuem bens penhoráveis.

À vista desse quadro, com inspiração no modelo de execução fiscal de países que adotam o contencioso administrativo, conclui-se que o Projeto de Lei n. 5.080/2009, que trata da “desjudicialização” da execução fiscal, e o

³⁷⁴ BRASIL. Tribunal Regional Federal da 2ª Região. *Notícias: 23/10/2013 - Justiça em Números mostra que Justiça Federal reduziu despesas e taxas de congestionamento.* Disponível em: <http://www.trf2.jus.br/Paginas/Noticia.aspx?Item_Id=1931&js=1>. Acesso em: 12 nov. 2013.

³⁷⁵ BRASIL. Tribunal Regional Federal da 2ª Região. *Notícias: 23/10/2013 - Justiça em Números mostra que Justiça Federal reduziu despesas e taxas de congestionamento.* Disponível em: <http://www.trf2.jus.br/Paginas/Noticia.aspx?Item_Id=1931&js=1>. Acesso em: 12 nov. 2013.

contencioso administrativo previdenciário são formas de enfrentamento da morosidade excessiva na prestação jurisdicional.

Com o Projeto de Lei n. 5.080/2009, pretende-se transferir ao Poder Executivo trabalho burocrático que, atualmente, é feito, sem muito resultado, pelas secretarias ou cartórios das varas judiciárias. Desse modo, com o novo procedimento de execução fiscal, sobrarão tempo para servidores e magistrados realizarem atos jurisdicionais propriamente ditos, em vez de atuarem como meros “cobradores da dívida ativa” da Fazenda Pública. Logo, haverá economia de recursos financeiros e o Judiciário terá mais credibilidade perante a população, o que não ocorre hodiernamente, porque sua imagem vem sendo desgastada em razão do custo e do tempo de tramitação dos processos judiciais.

À vista do cenário descrito, vislumbra-se, no contencioso administrativo previdenciário, real possibilidade de julgamentos céleres e com qualidade, tanto nos processos que tramitam no Judiciário como naqueles que passariam à competência dos tribunais administrativos previdenciários.

Por fim, reconhece-se a impossibilidade de se exaurir o tema da pesquisa acadêmica e espera-se ter contribuído para reflexão de que o direito fundamental à prestação jurisdicional deve prestigiar a celeridade no julgamento de causas de natureza previdenciária e assistencial, bem como das execuções fiscais, com a sua “desjudicialização”.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALVES, Cleber Francisco. Considerações sobre o contencioso administrativo e as formas de controle jurisdicional da administração pública. *Revista de Direito da Procuradoria-Geral do Estado do Rio de Janeiro*, Rio de Janeiro, n. 51, p. 81-93, 1998. Disponível em: <http://download.rj.gov.br/documentos/10112/817370/DLFE-48011.pdf/Revista51Doutrina_pg_81_a_93.pdf>. Acesso em: 18 out. 2013.

ALVES, Felipe Dalenogare. O controle jurisdicional do mérito do ato administrativo frente aos princípios constitucionais. *Orbis Revista Científica do Curso de Direito da Faculdade CESREI de Campina Grande*, Paraíba, v. 2, n. 1, p. 1-18, 2011. Disponível em: <<http://www.cesrei.com.br/ojs/index.php/orbis/article/view/35>>. Acesso em: 21 jun. 2013.

ALVES, Rogério Pacheco. *As prerrogativas da fazenda pública nas ações coletivas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

ALVIM, Arruda. *Direito processual civil*. v. 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1972.

ALVIM, José Manoel de Arruda. *Manual de direito processual civil*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

AMARAL, Diogo Freitas do; ALMEIDA, Mário Aroso de. *Grandes linhas da reforma do contencioso administrativo*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2007.

ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. São Paulo: Nova Cultural, 1996.

ASSIS, Araken de. *Manual de execução*. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

ATALIBA, Geraldo. Princípios informativos do contencioso administrativo tributário federal. *Justitia: Órgão do Ministério Público de São Paulo*, 2º trimestre 1978, vol. 101, p. 113-125.

BALEEIRO, Aliomar. *Direito tributário brasileiro*. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. Contencioso administrativo. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 80, n. 288, p. 25-46, out./dez. 1984.

BARBOSA, Silvana Mota. Autoridade e Poder Real: Benjamin Constant e a Carta Constitucional Portuguesa de 1826. *Revista de História*, Juiz de Fora, v. 10, n. 2, p. 7-22, 2004. Disponível em: <<http://www.ufjf.br/locus/files/2010/02/12.pdf>>. Acesso em: 21 jun. 2013.

BARRETO, Vicente de Paulo. *Reflexões sobre os direitos sociais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

BARROS, Humberto Gomes de. Execução fiscal administrativa. *Revista CEJ*, Brasília, Ano XI, n. 39, p. 4-9, out./dez. 2007. Disponível em: <<http://www2.cjf.jus.br/ojs2/index.php/revcej/article/view/941/1114>>. Acesso em: 16 nov. 2013.

BASTOS, Celso. *Contencioso administrativo*. São Paulo: Resenha Universitária, 1979.

BERTHÉLEMY, Henri. *Traité Élémentaire de Droit Administratif*. 9^{ème}. édition. Paris: Rousseau & Cie. Éditeur, 1920.

BINENBOJM, Gustavo. Da supremacia do interesse público ao dever de proporcionalidade: um novo paradigma para o direito administrativo. *Revista de Direito da Procuradoria-Geral do Estado do Rio de Janeiro*, Rio de Janeiro, n. 59, p. 49-82, 2005. Disponível em: <<http://www.rj.gov.br/web/pge/exibeConteudo?article-id=769078>>. Acesso em: 15 jun. 2013.

BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BOCHENEK, Antônio César. *A interação entre tribunais e democracia por meio do acesso aos direitos e à justiça: análise de experiência dos juizados especiais federais cíveis brasileiros*. 2012. 546 p. Tese (Doutoramento em Direito, Justiça e Cidadania no Século XXI). Faculdade de Economia e Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Portugal, 2012. Série

Monografias do CEJ, v. 15, jan./abr. 2013. Brasília: Conselho da Justiça Federal, 2013, 563 p. Disponível em: <<http://www2.cjf.jus.br/ojs2/index.php/mono/article/view/1786/1747>>. Acesso em: 15 jul. 2013.

BONAVIDES, Paulo. *A constituição aberta: temas políticos e constitucionais da atualidade*. Belo Horizonte: Del Rey, 1993.

BONAVIDES, Paulo. A separação de poderes. In: BONAVIDES, Paulo. *Ciência Política*. 10. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2003. cap. 10.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 20. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

BONNARD, Roger. *Précis de Droit Administratif*. Paris: Sirey, 1935.

BORGES, Marcos Afonso. Meios de invadir o ato administrativo no Brasil. *Revista da Faculdade de Direito da UFG*, Goiás, v. 7, n. 1-2, p. 53-64, jan./dez. 1983. Disponível em: <<http://revistas.ufg.br/index.php/revfd/article/view/11423/7505>>. Acesso em: 15 jun. 2013.

BRADLEY, A W; EWING, K D. *Constitutional & Administrative Law*. 15th ed. England: Pearson, 2011.

BRASIL. Câmara dos Deputados. *Projeto de Lei n. 5.080/2009*. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=648721&filename=Tramitacao-PL+5080/2009>. Acesso em: 10 set. 2013.

BRASIL. Câmara dos Deputados. *Regulamento n. 124, de 5 de fevereiro de 1842*. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/Internet/InfDoc/conteudo/colecoes/Legislacao/legimp-28/Legimp-28_36.pdf>. Acesso em: 15 ago. 2013.

BRASIL. *Código de Processo Civil*. Lei n. 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/15869.htm>. Acesso em: 10 nov. 2013.

BRASIL. *Código Tributário Nacional*. Lei n. 5.172, de 25 de outubro de 1966. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/15172.htm>. Acesso em: 10 set. 2013.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Justiça Aberta*. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/corregedoria/justica_aberta/?>. Acesso em: 20 nov. 2013.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Relatório “Justiça em números 2013, ano-base 2012”*. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/programas-de-a-a-z/eficiencia-modernizacao-e-transparencia/pj-justica-em-numeros/relatorios>>. Acesso em: 26 out. 2013.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 11 jun. 2013.

BRASIL. *Emenda Constitucional n. 7, de 13 de abril de 1977 à Constituição da República de 1967*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc_anterior1988/emc07-77.htm>. Acesso em: 18 maio 2013.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial 152.247*. Segunda Turma, Relator: Ministro Humberto Martins. Brasília, DF, decisão publicada em Diário da Justiça Eletrônico em 8/2/2013. Disponível em: <<http://www.jf.jus.br/servicos/magistrado>>. Acesso em: 20 out. 2013.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Agravo Regimental no Agravo n. 1190402/PR*. Segunda Turma. Relator: Ministro Herman Benjamin, Brasília, DF, decisão publicada em Diário da Justiça Eletrônico em 18/12/2009. Disponível em: <<http://www.jf.jus.br/servicos/magistrado>>. Acesso em: 20 out. 2013.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, *Recurso Especial 1.310.042*. Segunda Turma, Relator: Ministro Herman Benjamin, Brasília, DF, decisão publicada em Diário da Justiça Eletrônico em 28/5/2012. Disponível em: <<http://www.jf.jus.br/servicos/magistrado>>. Acesso em: 20 out. 2013.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Súmula 393*. A exceção de pré-executividade é admissível na execução fiscal relativamente às matérias

conhecíveis de ofício que não demandem dilação probatória. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 3 set. 2013.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Agravo Regimental no Recurso Extraordinário n. 545.214*. Segunda Turma. Relator: Ministro Joaquim Barbosa, Brasília, DF, decisão publicada em Diário da Justiça Eletrônico em 26/3/2010. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28previo+requerimento+benef%EDcio+acesso+judici%Elrio%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/nlxs8f5>>. Acesso em: 20 out. 2013.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Agravo Regimental no Recurso Extraordinário n. 549.055*. Segunda Turma. Relator: Ministro Ayres Britto, Brasília, DF, decisão publicada em Diário da Justiça Eletrônico em 10/12/2010. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28previo+requerimento+benef%EDcio+acesso+judici%Elrio%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/nlxs8f5>>. Acesso em: 20 out. 2013.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário (com repercussão geral) n. 631.240*. Relator: Ministro Roberto Barroso. Brasília, DF, decisão publicada em Diário da Justiça Eletrônico em 14/4/2011. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciaRepercussao/listarProcesso.asp?tipo=AC&numeroTema=&txtTituloTema=previo+requerimento+administrativo&acao=acompanhamentoPorTema&botao=>>>. Acesso em: 20 out. 2013.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Ordinário em Mandado de Segurança n. 24.699/DF*. Primeira Turma. Relator: Ministro Eros Grau, Brasília, DF, julgado em 30 nov. 2004, decisão publicada em Diário da Justiça da União em 1 jul. 2005. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/diarioJustica/verDiarioProcesso.asp?numDj=125&dataPublicacaoDj=01/07/2005&incidente=2180181&codCapitulo=5&numMateria=21&codMateria=2>>. Acesso em: 14 out. 2013.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 2ª Região. *Apelação Cível n. 448244*. Primeira Turma Especializada, Relator: Desembargador Federal Aluisio Gonçalves de Castro Mendes. Rio de Janeiro, RJ, decisão publicada em Diário da Justiça da União em 18/9/2009, p. 152. Disponível em: <<http://www.jf.jus.br/servicos/magistrado>>. Acesso em: 20 out. 2013.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 2ª Região. *Apelação Cível n. 455297*. Segunda Turma Especializada, Relatora: Desembargadora Federal Liliane

Roriz, Rio de Janeiro, RJ, decisão publicada em Diário Eletrônico da Justiça Federal da 2ª Região em 4/10/2010, p. 103. Disponível em: <<http://www.jf.jus.br/servicos/magistrado>>. Acesso em: 20 out. 2013.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 2ª Região. *Notícias: 23/10/2013 - Justiça em Números mostra que Justiça Federal reduziu despesas e taxas de congestionamento.* Disponível em: <http://www.trf2.jus.br/Paginas/Noticia.aspx?Item_Id=1931&js=1>. Acesso em: 12 nov. 2013.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 5ª Região. *Apelação Cível n. 530886.* Terceira Turma, Relator: Desembargador Federal Bruno Leonardo Câmara Carrá, Pernambuco, Recife, decisão publicada em Diário da Justiça Eletrônico em 17/11/2011, p. 709. Disponível em: <<http://www.jf.jus.br/servicos/magistrado>>. Acesso em: 20 out. 2013.

BRASIL. Turma Nacional de Uniformização de Jurisprudência dos Juizados Especiais Federais. *Pedido de Uniformização de Interpretação de Lei Federal 200563020022909.* Relator: Juiz Federal Vladimir Santos Vitovsky, Brasília, DF, decisão publicada em Diário Oficial da União em 8/6/2012. Disponível em: <<http://www.jf.jus.br/servicos/magistrado>>. Acesso em: 20 out. 2013.

CAETANO, Marcello. *Manual de direito administrativo.* 10 ed. Coimbra: Almedina, 2010.

CÂMARA, Alexandre Freitas. *Juizados especiais cíveis estaduais e federais: uma abordagem crítica.* 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de direito processual civil.* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003. 3 v.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional.* Coimbra: Almedina, 2002.

CANTOARIO, Diego Martinez Fervenza. Considerações sobre o projeto de lei 5.080/2009 – A nova lei de execução fiscal. *Revista Tributária e de Finanças Públicas*, São Paulo, n. 91, p. 11-42, mar./abr. 2010. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça.* Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988.

CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro. *Acesso à Justiça: juizados especiais cíveis e ação civil pública: uma nova sistematização da teoria geral do processo*. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

CARNELUTTI, Francesco. *Sistema de direito processual civil*. Tradução de Hiltomar Martins Oliveira. São Paulo: Classic Book, 2000.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 14. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

CAVALLI, Cássio. O Controle da discricionariedade administrativa e a discricionariedade técnica. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 251, p. 61-76, 2009, p. 74. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/7528/6041>>. Acesso em: 20 nov. 2013.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

COELHO, André. Democracia deliberativa: esclarecimentos e mal-entendidos. *Filósofo grego (blog)*, 12 jul. 2013. Disponível em: <<http://aquitemfilosofiasim.blogspot.com.br/2013/07/democracia-deliberativa-esclarecimentos.html>>. Acesso em: 2 nov. 2013.

COLOMBIA. *Constitución Política de Colombia*. Disponível em: <http://www.senado.gov.co/images/stories/Informacion_General/constitucion_politica.pdf>. Acesso em: 13 nov. 2013.

CORREIA, Dandara Batista; ALMEIDA, Bernadete de Lourdes Figueiredo de. O acesso à justiça nas práticas de mediação e conciliação: limites na garantia dos direitos. *Revista CEJ*, Brasília, Ano XVI, n. 58, p. 38-43, set./dez. 2012. Disponível em: <<http://www2.cjf.jus.br/ojs2/index.php/revcej/article/viewFile/1605/1684>>. Acesso em: 15 ago. 2013.

COSTA, Denise Resende. *Democracia deliberativa: potencialidades e limitações*. Brasília: Universidade de Brasília, Instituto de Ciência Política (Ipol), dez. 2009. Disponível em: <<http://www.arcos.org.br/cursos/politica-e>>.

direito/artigos/democracia-deliberativa-potencialidades-e-limitacoes>. Acesso em: 2 nov. 2013.

COUTO e SILVA, Almiro do. O princípio da segurança jurídica (proteção à confiança) no direito público brasileiro e o direito da administração pública de anular seus próprios atos administrativos: o prazo decadencial do art. 54 da lei do processo administrativo da União (Lei n. 9.784/99). *Revista da Procuradoria-Geral do Estado do Rio Grande do Sul*, Porto Alegre, Rio Grande do Sul, p. 33-75, 2003. Disponível em: <http://www.pge.rs.gov/upload/revista_pge_57_sup.pdf>. Acesso em: 18 nov. 2013.

CRETELLA JÚNIOR, José. Contencioso administrativo na Constituição de 1969. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 104, p. 31-48, 1971.

CRETELLA JÚNIOR, José. *Direito administrativo comparado*. São Paulo: EDUSP, 1972.

CRETELLA JÚNIOR, José. *Dos atos administrativos especiais*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

CRUZ, Maria da Penha Almeida. As garantias jurisdicionais dos administrados no direito constitucional norte-americano e brasileiro. *II Congresso Brasileiro de Direito Administrativo*, 1976, 18 p. Rio de Janeiro: Imprensa Oficial, 1976.

DANTAS, José Fernandes. O Tribunal Federal de Recursos e o contencioso administrativo. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 80, n. 286, p. 433-457, 1984.

DERZI, Misabel. Chega de tributo. *Revista Viver Brasil*. Disponível em: <<http://www.revistaviverbrasil.com.br/64/materias/01/economia/chega-de-tributo/>>. Acesso em: 10 set. 2013.

DIDIER JUNIOR, Fredie; CUNHA, Leonardo José Carneiro da. *Curso de direito processual civil*. v. 3. Salvador: Juspodivm, 2007.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Inovações no direito administrativo brasileiro*. Interesse Público, ano 6, n. 30, p. 39-58, mar./abr. 2005. Porto Alegre: Notadez, 2005.

DIREITO, Carlos Gustavo. A autonomia da jurisdição administrativa na França. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 387, p. 469-476, set./out. 2006.

ENTERRÍA, Eduardo Garcia. *As transformações da justiça administrativa: da sindicabilidade restrita à plenitude jurisdicional*. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

GARNER, Lydia Magalhães Nunes. Justiça administrativa no Brasil do Segundo Reinado (1842-1889). *Revista de História da Universidade de São Paulo*, São Paulo, n. 147, p. 159-188, 2002. Disponível em: <<http://www.revistas.usp.br/revhistoria/article/view/18946/21009>>. Acesso em: 17 nov. 2013.

GENDIN, Sabino Alvares. *La Independencia del Poder Judicial – La Especialización de los Tribunales Contencioso-Administrativos*. Madrid: Instituto de Estudios Políticos, 1965.

GIL, Otto. *Contencioso administrativo fiscal*. Rio de Janeiro: ROAD, 1977.

GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. *A execução fiscal administrativa no direito tributário comparado*. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

GRANDE JÚNIOR, Cláudio. O controle interno de constitucionalidade exercido pelas procuradorias-gerais dos Estados e do Distrito Federal. *Revista de Doutrina da 4ª Região*, Porto Alegre, n. 11, maio 2006. Disponível em: <http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao011/claudio_junior.htm>. Acesso em: 15 jun. 2013.

GRECO FILHO, Vicente. *Direito processual civil brasileiro*. v. 1. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

GRINOVER, Ada Pellegrini. O contencioso administrativo na emenda n. 7/1977. *Revista da Procuradoria-Geral do Estado de São Paulo*, São Paulo, n. 10, jun. 1977.

GRINOVER, Ada Pellegrini. *O processo constitucional em marcha – contraditório e ampla defesa em cem julgados do tribunal de alçada criminal de São Paulo*. São Paulo: Max Limonad, 1985.

GUALAZZI, Eduardo Lobo Botelho. A expressão técnica “contencioso administrativo”. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 607, p. 18-23, maio 1986.

GUALAZZI, Eduardo Lobo Botelho. *Justiça administrativa*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1986.

GUANDALINI JÚNIOR, Walter. *Gênese do Direito Administrativo Brasileiro: formação, conteúdo e função da ciência do direito administrativo durante a construção do Estado no Brasil Imperial*. 2011. 240 f. Tese (Doutorado em Direito). Faculdade de Direito (Setor de Ciências Jurídicas). Universidade Federal do Paraná, Curitiba, Paraná, 2011. Disponível em: <<http://dspace.c3sl.ufpr.br/dspace/bitstream/handle/1884/26463/Tese%20FINAL.pdf?sequence=1>>. Acesso em: 20 out. 2013.

GUIMARÃES, Carlos da Rocha. Contencioso administrativo. *II Congresso brasileiro de direito administrativo, 1976*. 10 p. Rio de Janeiro: Imprensa Oficial, 1976.

GUTMANN, Amy; THOMPSON, Dennis. *Why Deliberative Democracy?* New Jersey: Princeton University Press, 2004, p. 3-7. Traduzido e adaptado por Vítor João Oliveira. Disponível em: <http://www.aartedepensar.com/leit_deliberativa.html>. Acesso em: 2 nov. 2013.

HABERMAS, Jürgen. *A inclusão do outro - estudos de teoria política*. 3. ed. São Paulo: Loyola, 2007.

HARADA, Kiyoshi. Exame do anteprojeto de lei que dispõe sobre a cobrança de dívida ativa apresentado pela Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional e seu substitutivo. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 12, n. 1430, 1 jun. 2007. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/9968>>. Acesso em: 11 nov. 2013.

HIRSCHL, Ran. O novo constitucionalismo e a judicialização da política pura no mundo. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 251, p. 139-178, maio/ago. 2009. Disponível em:

<<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/7533/6027>>.
Acesso em: 18 out. 2013.

INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA (IPEA). Acesso à justiça federal: dez anos de juizados especiais. *Série Pesquisas do CEJ*, v. 14. Brasília: Conselho da Justiça Federal, Centro de Estudos Judiciários, 2012, 228 p. Disponível em: <<http://www.cjf.jus.br/cjf/CEJ-Coedi/pesquisas/serie%20pesquisa%20cej%2014.pdf>>. Acesso em: 18 out. 2013.

KLANG, Marcio. A atividade jurisdicional no âmbito das funções do Estado. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 79, n. 284, p. 487-488, out./dez. 1983.

LASPRO, Oreste Nestor de Souza. *Duplo grau de jurisdição no direito processual civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

LEWANDOWSKI, Enrique Ricardo. O protagonismo do poder judiciário na era dos direitos. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 251, p. 77-85, maio/ago. 2009. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/viewFile/7529/6043>>. Acesso em: 16 ago. 2013.

LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manual de direito processual civil*. Tradução de Cândido Rangel Dinamarco. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

LIEBMAN, Enrico Tullio. *Unità Del Procedimento Cautelare*. In: *Rivista di Diritto Processuale Civile*. Padova: Cedam, n. 9, 1954.

LOCKE, John. *Segundo tratado sobre o governo*. Nova Cultural: São Paulo, 1996.

LOPES, José Reinaldo de Lima. *O direito na história*. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 2002.

MAFFINI, Rafael. Discricionariedade administrativa: controle de exercício e controle de atribuição. *Revista da Procuradoria-Geral do Município de Juiz de Fora – RPGMJF*, Belo Horizonte, ano 2, n. 2, p. 257-271, jan./dez. 2012. Disponível em: <<http://www.pjf.mg.gov.br/pgm/revista2012.php>>. Acesso em: 15 ago. 2013.

MAFFINI, Rafael da Cás. *Princípio da proteção substancial da confiança no direito administrativo brasileiro*. 2005. 253 f. Tese (Doutorado em Direito). Faculdade de Direito. Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Porto Alegre, Rio Grande do Sul, 2005. Disponível em: <<http://www.lume.ufrgs.br/handle/10183/5220>>. Acesso em: 18 jul. 2013.

MAFRA FILHO, Francisco de Salles Almeida. Sistemas administrativos: sistema do contencioso administrativo e sistema judiciário. *Dataveni@ Revista Jurídica*, Universidade Estadual da Paraíba, Paraíba, ano VIII, n. 79, nov. 2004. Disponível em: <<http://www.datavenia.net/artigos/sistemasadministrativossistemadocontencioso.htm>>. Acesso em: 29 jun. 2013.

MANEIRA, Eduardo. A execução fiscal administrativa e os direitos do contribuinte. *Revista Internacional de Direito Tributário da Associação Brasileira de Direito Tributário*, v. 8, p. 1-4, jul./dez. 2007. Belo Horizonte: Del Rey, 2008. Disponível em: <<http://sachacalmon.wpengine.netdna-cdn.com/wp-content/uploads/2010/11/A-Execucao-Fiscal-Administrativa-e-os-Direitos-do-Contribuinte.pdf>>. Acesso em: 20 nov. 2013.

MAQUIAVEL, Nicolau. *O príncipe*. Nova Cultural: São Paulo, 1996.

MARINONI, Luiz Guilherme. *A antecipação da tutela na reforma do processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

MARINONI, Luiz Guilherme Bittencourt. O custo e o tempo do processo civil brasileiro. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná*, Curitiba, Paraná, v. 37, p. 37-64, 2002. Disponível em: <<http://ojs.c3sl.ufpr.br/ojs/index.php/direito/article/view/1770/1467>>. Acesso em: 20 out. 2013.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Processo de conhecimento*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

MARTINS, Gutenberg Gonçalves. Execução fiscal administrativa: análise da eficiência da cobrança do crédito público proposta pelo Projeto de Lei n. 5.080/09. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 16, n. 2961, 10 ago. 2011. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/19728>>. Acesso em: 10 set. 2013.

MASAGÃO, Mário. *Em face da Constituição Federal, não existe, no Brasil, o contencioso administrativo*. Seção de Obras do Estado de São Paulo: São Paulo, 1927.

MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*. 14. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. Breves considerações em torno da questão da inafastabilidade da prestação jurisdicional. *Revista da Seção Judiciária do Rio de Janeiro*, Rio de Janeiro, n. 19, p. 61-73, 2007. Disponível em: <<http://www.ajuferjes.org.br/PDF/006Inafastabilidade.pdf>>. Acesso em: 15 ago. 2013.

MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. *Competência cível da justiça federal*. 2. ed. Rio de Janeiro: Revista dos Tribunais, 2006.

MORAES, Alexandre de. *Direitos humanos fundamentais*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1998.

MORAES, Vânia Cardoso André de. *Demandas repetitivas decorrentes de ações e omissões da administração pública: hipóteses de soluções e a necessidade de um direito processual público fundamentado na Constituição*. 2011. 231 f. Dissertação (Mestrado em Justiça Administrativa). Faculdade de Direito. Universidade Federal Fluminense, Niterói, Rio de Janeiro, 2011. Série Monografias do Centro de Estudos Judiciários, v. 14. Brasília: Conselho da Justiça Federal, 2012, 295 p. Disponível em: <<http://www2.cjf.jus.br/ojs2/index.php/mono/article/viewFile/1710/1682>>. Acesso em: 14 ago. 2013.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Novo processo civil brasileiro*. 21 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Temas de direito processual: oitava série. Antecipação da tutela: algumas questões controvertidas*. São Paulo: Saraiva, 2004.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Contencioso administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 1977.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. O parlamento e a sociedade como destinatários do trabalho dos tribunais de contas. *Revista eletrônica sobre a reforma do Estado*, Salvador, Bahia, n. 4, dez. 2005, jan./fev. 2006. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/RERE-4-DEZEMBRO-2005-DIOGO.pdf>>. Acesso em: 15 abr. 2013.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Tribunais administrativos para o controle da legalidade dos atos do poder público na República Federativa do Brasil* (tese de docência). Rio de Janeiro: Borsoi, 1971.

NEQUETE, Lenine. *O poder judiciário no Brasil a partir da independência*. Atualização de Roberto Rosas. Brasília: Supremo Tribunal Federal, 2000. 2 v.

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria Andrade. *Código de processo civil comentado*. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

NEVES, Edson Alvisi. *Execução de sentença civil: competência*. Rio de Janeiro: Ideia Jurídica, 2002.

NOGUEIRA, Marcelo. Mito da carga tributária brasileira. *O Dia*, Rio de Janeiro, 1 ago. 2013. Disponível em: <<http://odia.ig.com.br/noticia/opiniao/2013-08-01/marcelo-nogueira-mito-da-carga-tributaria-brasileira.html>>. Acesso em: 10 set. 2013.

OBSERVATORY FOR INSTITUTIONAL AND LEGAL CHANGES OF THE UNIVERSITY OF LIMOGES. *Administrative Justice in Europe*. Traduit par Adam Warren. 1^{ère}. Édition. Presses Universitaires de France, 2007, ISBN 978-2-13-056041-8.

PAULA, Edylcea Tavares Nogueira de. Contencioso administrativo. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, v. 16, n. 62, p. 271-280, abr./jun.1979. Disponível em: <<http://www2.senado.gov.br/bdsf/item/id/181131>>. Acesso em: 5 ago. 2013.

PEREIRA JÚNIOR, Jessé Torres. *Controle judicial da administração pública: da legalidade estrita à lógica do razoável*. Belo Horizonte: Fórum, 2005.

PORTANOVA, Ruy. *Princípios do direito civil*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1995.

PORTUGAL. *Constituição da República Portuguesa*. VII Revisão Constitucional, 2005. Disponível em: <<http://www.parlamento.pt/Legislacao/Documents/constpt2005.pdf>>. Acesso em: 12 abr. 2013.

RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

REALE, Miguel. Resposta. *O Estado de S. Paulo (Jornal)*, 9 maio 1984, p. 7.

RICCI, Jean-Claude. *Contentieux administratif*. 2nd édition. Paris: Hachette, 2007.

RIVERO, Jean. *Direito administrativo*. Almedina: Coimbra, 1981.

RODRIGUES, Sérgio Murilo. A democracia deliberativa-argumentativa de Jürgen Habermas. *Revista Eletrônica do Curso de Direito – PUC Minas Serro*, Belo Horizonte, n. 5, p. 19-32, mai. 2012. ISSN 2176-977X. Disponível em: <<http://periodicos.pucminas.br/index.php/DireitoSerro/article/view/1965/3937>>. Acesso em: 29 out. 2013.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Do contrato social*. Nova Cultural: São Paulo, 1996.

SANTOS, Boaventura de Sousa; MARQUES, Maria Manuel Leitão; PEDROSO, João; FERREIRA, Pedro Lopes (Orgs.). *Os tribunais nas sociedades contemporâneas: o caso português*. Porto: Afrontamento, 1996.

SCHREIBER, MARIANA. Carga tributária no Brasil é 67% maior que a média da América Latina. *Folha de S. Paulo*, São Paulo, 13 nov. 2012. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/mercado/1184981-carga-tributaria-no-brasil-e-67-maior-que-media-da-america-latina.shtml>>. Acesso em: 10 set. 2013.

SECONDANT, Charles-Louis de. Barão de Montesquieu. *Do espírito das leis*. Nova Cultural: São Paulo, 1996.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 26. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2006.

SILVA, Ricardo Perlingeiro Mendes da. A justiça administrativa brasileira comparada. *Revista CEJ*, Brasília, Ano XVI, n. 57, p. 6-18, maio/ago. 2012. Disponível em: <<http://www2.cjf.jus.br/ojs2/index.php/revcej/article/viewFile/1646/1593>>. Acesso em: 15 ago. 2013.

SILVA, Ricardo Perlingeiro Mendes da; BLANKE, Hermann-Josef; SOMMERMANN, Karl-Peter (Coords.). *Código de jurisdição administrativa: o modelo alemão*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

SIQUEIRA, Gustavo Silveira. História do Direito pelos Movimentos Sociais: Cidadania, Experiências e Antropofagia Jurídica nas Estradas de Ferro (Brasil, 1906). 2011. 142 f. Tese (Doutorado em Direito). Faculdade de Direito. Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, Minas Gerais, 2011. Disponível em <http://www.bibliotecadigital.ufmg.br/dspace/bitstream/handle/1843/BUOS-8QCMVU/tese_gustavo_silveira_siqueira_vers_o_defendida.pdf?sequence=1>. Acesso em: 10 set. 2013.

SOUSA, Jorge Manuel Lopes de. Alguns obstáculos práticos à tutela judicial efectiva no contencioso administrativo. *Scientia Iuridica*, Portugal, v. 60, n. 325, p. 61-80, 2011.

TAVARES, André Ramos. *Curso de direito constitucional*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

THEODORO JUNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*. v. I. 48. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

URUGUAY. *Constitución de la República Oriental del Uruguay*. Disponível em: <<http://www.parlamento.gub.uy/constituciones/const004.htm>>. Acesso em: 13 nov. 2013.

VASCONCELOS, Caio Tácito Sá Viana Pereira de. Contencioso administrativo. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 75, n. 267, p. 95-99, 1979.

ZAVASCKI, Teori Albino. *Antecipação de tutela*. 5. ed. Rio de Janeiro: Saraiva, 2007.