

Contencioso administrativo

EDYLCÉA NOGUEIRA DE PAULA

Procuradora da República, Professora de
Direito Administrativo da Faculdade de Di-
reito — CEUB

- I — Introdução
- II — Conceito
- III — Histórico e evolução
- IV — O controle do ato administrativo no Brasil
- V — O contencioso em face da Emenda nº 7/77
- VI — Conclusões

I — INTRODUÇÃO

Suscitou o instituto inúmeras discussões entre os especialistas, já que introduzido no Direito brasileiro refletindo modelos estrangeiros, sem se definir por tal ou qual.

Adotando, assim, peculiaridades de vários sistemas, tomou uma feição esdrúxula, causando perplexidades na sua compreensão e deixando entrever as dificuldades que surgirão quando da sua criação efetiva e conseqüente aplicação.

Visa este trabalho procurar apresentá-lo racionalmente, esclarecer alguns pontos conflitantes que possam resultar da interpretação dos dispositivos constitucionais a ele referentes e alertar os futuros aplicadores da lei no caso concreto.

II — CONCEITO

É o contencioso administrativo um sistema de controle da legalidade dos atos administrativos que têm por objeto julgar os conflitos de interesse entre os vários órgãos da Administração Pública ou entre estes e os particulares.

Constitui-se, portanto, em um sistema de justiça administrativa, em que a própria Administração institui órgãos próprios para efetivar este julgamento.

III — HISTÓRIA E EVOLUÇÃO

Instituído na França, resultou da interpretação que deram os franceses à Teoria da Separação de Poderes, exposta por Montesquieu no sempre atual *De l'Esprit des Loix*.

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

Bonnard cita a respeito:

“Dès le début de la Révolution, il se manifesta une extrême méfiance à l'égard des tribunaux judiciaires en ce qui concerne leur attitude à l'égard de l'administration”.

Criou, por isso, a Administração revolucionária um sistema de controle da legalidade da atividade administrativa dentro do próprio Poder Executivo, retirando-o daqueloutro Poder.

Este controle se instituiu pela primeira vez, na Lei nº 16, de 24-8-1790, que dizia:

“As funções judiciais são distintas e permanecerão separadas das funções administrativas. Não poderão os juízes, sob pena de prevaricação, perturbar, de qualquer maneira, as atividades dos corpos administrativos”;

e foi mantido na Constituição de 3-9-1791, quando declarou:

“Os tribunais não podem invadir as funções administrativas ou mandar citar para, perante eles, comparecerem os administradores, por atos funcionais”.

(1) Roger Bonnard — *Le Contrôle Juridictionnel de l'Administration*, Paris, 1934, pág. 152.

É exercido pelo Conselho de Estado a que, somente, escapa a competência para julgar os litígios decorrentes de atividades públicas com caráter privado, litígios que envolvem questões de Estado e capacidade das pessoas, de repressão penal, e litígios que se refiram à propriedade privada.

Difere, fundamentalmente, do outro sistema básico de justiça administrativa também originada da mesma teoria, com interpretação diversa, que entendia ser necessário haver a independência das funções do Estado, adotado, entre outros países, pela Inglaterra e Estados Unidos, em que o Poder Judiciário conhece e julga das 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.

Nos EUA, os órgãos colegiados (Courts, Boards, Commissions) instituídos para apreciar determinadas espécies de conflitos administrativos não proferem decisões definitivas, com força de coisa julgada. O Poder Judiciário sempre poderá ser provocado para revê-las.

Seguem-nos, ainda, de perto, a Bélgica, a Grécia e a Itália, porém com uma diferença: a criação de tribunais administrativos dentro do Poder Judiciário, específicos, portanto, com competência parcial.

Na Iugoslávia, introduziu-se o sistema francês, com peculiaridades locais, que não afetam a sua estrutura.

Filiados a ele, ainda, estão Portugal, Suíça, Áustria e Alemanha que, entretanto, dele se distanciaram partilhando a competência dentro da justiça ordinária, cometendo-a a tribunais administrativos (cf. § 13 do GVG c/c § 4º do EGZPO, § 4º do EGGVO e § 4º do VWGO, na Alemanha).

Esta a tendência generalizada na Europa, atualmente, pois o sistema francês do administrador juiz entrou em declínio em razão da atuação quase nunca independente dos agentes do contencioso que fazem parte da própria Administração e, por isso, não podem julgar com imparcialidade.

Verificamos, assim, que dos dois sistemas básicos — o inglês e o francês — derivaram outros modelos históricos, sendo certo que as formas puras não mais existem, como bem salientado por Seabra Fagundes (2).

IV — O CONTROLE DO ATO ADMINISTRATIVO NO BRASIL

Três fases se apresentam no Direito brasileiro:

1ª — De 1500 a 1822, em que vigiam as instituições portuguesas.

(2) Seabra Fagundes, in *O Controle dos Atos Administrativos pelo Poder Judiciário*, 1957, SP, pág. 133.

Adotou-se o regime de Administração municipalista de que encontramos, ainda hoje, vestígios no foral, na câmara municipal, no juiz ordinário ou “de fora”, nos corregedores e ouvidores. Estas autoridades eram competentes para exercer a jurisdição administrativa, e de suas decisões cabiam recursos para a Casa de Suplicação em Lisboa, ou para a Relação do Porto.

Mais tarde, criaram-se a Relação da Bahia (1609), a do Rio de Janeiro, a do Maranhão e a de Pernambuco.

2ª — De 1822 a 1889, há uma nítida influência da Constituição francesa.

Nossa Carta Magna de 1824, outorgada pelo Imperador, instituiu quatro poderes, entre eles o Poder Moderador, com caráter político, exercido pelo Imperador e auxiliado por um Conselho de Estado.

Este órgão foi suprimido pelo Ato Adicional de 1834 e, posteriormente, restabelecido em 1841, por D. Pedro II. No ano seguinte, fez-se a sua regulamentação através do Regimento nº 124, de 5-2-1842, concedendo-lhe a função jurisdicional em casos de conflito negativo entre o juiz ordinário e os presidentes das Províncias, relativos a causas em que fossem apreciados atos administrativos, decidindo pela competência da jurisdição ordinária ou do autocontrole da Administração.

3ª — De 1889 até nossos dias, em que tivemos nosso Direito influenciado pelo norte-americano, provocando profunda alteração no sistema de controle dos atos administrativos.

A Constituição de 1891 instituiu, no art. 60, alínea b, a Justiça Federal, de caráter especial com competência para julgar todas as ações em que a União Federal tivesse interesse, cabendo-lhe, ainda, conhecer, em raríssimas circunstâncias, de questões civis e criminais, absorvendo, assim, todo o contencioso administrativo, aqui significando conflito.

Trouxe a Lei nº 221, de 20-11-1894, uma ação específica do particular para anular os atos administrativos, restringindo, entretanto, a apreciação do juiz ordinário quanto à conveniência e oportunidade da ação do agente da Administração, em relação, portanto, ao mérito administrativo.

Na Constituição de 1891, com a instituição, no art. 72, § 22, do **habeas corpus**, surgiu a “Teoria Brasileira do **Habeas Corpus**”, defendida por Rui Barbosa e Pedro Lessa, que estendia sua aplicação à proteção de direitos individuais contra a ilegalidade, ainda que não se referisse à liberdade de locomoção.

Com a construção, admitida também pelos Tribunais, se pôde efetivar mais prontamente o controle dos atos administrativos.

Ao mesmo tempo, utilizavam-se dos interditos possessórios, cujos procedimentos cautelares facilitavam-no, também.

Restringindo a aplicação do **habeas corpus** a seus limites originários, a reforma da Constituição de 1926 retirou do particular o remédio para exercer o controle dos atos ilegais do agente público.

Entretanto, permaneceu a necessidade da criação de um instituto que pudesse, rapidamente, permitir ao particular defender-se perante a Administração.

Em 1934, a Constituição, no art. 112, § 33, introduziu o mandado de segurança, que foi regulamentado pela Lei nº 191, de 16-1-1936 e, mais tarde, pela Lei nº 1.533/51.

Neste período, podemos verificar que o controle se exercia pelo Poder Judiciário. Existiam já, entretanto, paralelamente, um controle parlamentar, exercido quanto aos atos de determinadas autoridades (membros do Supremo Tribunal Federal, Presidente da República — art. 57, § 2º, e 53 da Constituição de 1891, respectivamente) e um controle pelos próprios órgãos da Administração, baseado no poder hierárquico, em matéria fiscal, pessoal etc., visando a um aperfeiçoamento de sua atuação e corrigindo ilegalidades porventura existentes, chamado autocontrole.

Os três tipos de controle coexistem ainda hoje.

A coexistência, entretanto, não exclui da apreciação do Poder Judiciário as lesões aos direitos individuais.

E, assim, embora existam órgãos com competência para julgar determinados conflitos de interesse entre o particular e a Administração, como os Conselhos de Contribuintes, suas decisões, da mesma forma que sucede nos Estados Unidos, não têm força de coisa julgada, porque consagrado no art. 141, § 4º, da Constituição de 1946, está o princípio da unidade de jurisdição: “a lei não poderá excluir da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão de direito individual”, mantido no art. 150, § 4º, da Constituição de 1967 e na Emenda nº 1, de 1969, art. 153, § 4º

Esta Emenda trouxe uma inovação quando estabeleceu no art. 111:

“A lei poderá criar **contencioso administrativo** e atribuir-lhe competência para o julgamento das causas mencionadas no artigo anterior.” (grifos nossos);

referindo-se a litígios decorrentes das relações de trabalho dos servidores com a União Federal, suas autarquias ou empresas públicas.

Foi o primeiro passo na direção de se criar o contencioso, já em sentido formal — conjunto de órgãos competentes para exercer jurisdição —, prevalecendo, entretanto, a possibilidade de o Poder Judiciário lançar a última “pá de cal” sobre os conflitos, eis que suas decisões não teriam força de coisa julgada, em razão da observação do legislador no § 4º do art. 153, dispositivo a que foi feita a remissão pela Emenda Constitucional nº 7, de 1977.

V — O CONTENCIOSO FACE À EMENDA Nº 7/77

Além daquela disposição do art. 111, que prevê a hipótese da criação do contencioso para julgar, administrativamente, causas em que a matéria se relacione a pessoal da União, trouxe a Emenda nº 7/77 o art. 203, *in verbis*:

“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)”.

As hipóteses, assim, se restringiram a questões de pessoal federal e fiscais, previdenciárias e de acidentes do trabalho federais e estaduais permanecendo as questões de pessoal estaduais e municipais, fiscais, previdenciárias e de acidentes do trabalho municipais na competência do Poder Judiciário.

Vale ressaltar, ainda, 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 Impostos e Taxas do Estado de São Paulo etc., de cujas decisões não emana aquele efeito.

Como citado anteriormente, a disposição contida no art 153, § 4º, da Constituição Federal, consagra, no Brasil, constitucionalmente, o sistema judicial ou de jurisdição una, estabelecendo que nenhuma lesão de direito individual poderá deixar de ser excluída da apreciação do Poder Judiciário.

O acréscimo feito pela Emenda nº 7/77 a este artigo, *in verbis*:

“... 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”

incluindo essa condição de se exaurirem as vias administrativas antes do ingresso em juízo, não feriu o princípio da unidade de jurisdição.

Criou-se apenas uma condição da ação, especial e nova, submetendo o direito subjetivo do administrado a ela. Este direito, portanto, só nascerá após a utilização de todas as esferas administrativas.

Verificamos que a norma é de direito processual e mais bem colocada estaria em lei ordinária, como foi feito na Lei nº 1.533/51, que regula o mandado de segurança, quando dispõe:

“Art. 5º — Não se dará mandado de segurança quando se tratar:

I — de ato de que caiba recurso administrativo com efeito suspensivo, independente de caução.”

Entretanto, sua fixação na Constituição teve por objetivo alcançar o legislador estadual, que não tem competência para legislar sobre direito processual; e, tendo sido facultada, com a Emenda, a criação de contencioso administrativo estadual (art. 203), permitir-lhe a possibilidade de, também, utilizar-se da condicionante.

O art. 204:

“A lei poderá permitir que a parte vencida na instância administrativa (arts. 111 e 203) requeira diretamente ao Tribunal competente a revisão da decisão nela proferida”,

estabelece a faculdade de a lei dispor sobre competência, cometendo aos Tribunais superiores o conhecimento das revisões, naquelas causas, sendo certo que, em se tratando das referentes à União, a própria Emenda a fixou no art. 122, inciso II:

“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).”

Constituiu-se aquela em norma permissiva, dando ao Estado-Membro a faculdade de não subtrair da justiça de primeiro grau a competência, o que não acontece em relação à União, em que uma instância foi suprimida.

Por fim, inovou a Emenda nº 7/77, dispondo no 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.”

Trata, aqui, das questões em que haja interesse da União e suas respectivas autarquias, empresas públicas e sociedades de economia mista; do Estado-Membro e suas respectivas entidades da administração indireta; da mesma forma em relação ao Distrito Federal e aos Municípios; e das autarquias, empresas públicas e sociedades de economia mista de cada pessoa jurídica de direito público, entre si.

Não nos parece, como entendeu o eminente Mestre Diogo de Figueiredo ⁽³⁾, ter esse dispositivo excepcionado a competência geral do Judiciário, porque tal interpretação nos levaria a um conflito com o § 4º do art. 153, além de que não houve exclusão expressa. Ainda que assim fosse, uma disposição transitória não tem força para derrogar ou limitar norma constitucional típica, quando com ela incompatível.

A disposição já provocou decisões nos Tribunais Superiores, tais como a proferida no RE 86.083-RJ, em que foi relator o Ministro Bilac Pinto, publicada no DJU, de 1º-7-77, pág. 4.465:

“Sociedade de Economia Mista. Litígio com a União. Competência, no caso, da autoridade administrativa nos termos do art. 205 da CF, mesmo para os processos em andamento. Recurso extraordinário prejudicado”;

e a prolatada pelo Tribunal Federal de Recursos, na AC nº 37.017-PR, Relator Ministro Oscar Correia Pina, publicada no DJU, de 27-4-78, pág. 2.763:

“Ação proposta por autarquia federal contra sociedade de economia mista, também integrante da Administração Federal Indireta. Procedência.

Apelação. Conhecimento. Reforma da sentença para ser julgado extinto o processo, sem exame do mérito, pois o litígio deve ser resolvido administrativamente (Constituição Federal, art. 205, com a redação da Emenda Constitucional nº 7, de 13 de abril de 1977).”

Data venia dos eminentes e cultos julgadores, discordamos de ambas as decisões.

E discordamos porque consideramos tal norma constitucional uma disposição de eficácia limitada, segundo a classificação apresentada pelo professor José Afonso da Silva, in **Aplicabilidade das Normas Constitucionais**, pág. 76, que significa que não produz, com a simples entrada em vigor, todos seus efeitos essenciais, pois o legislador constituinte não estabelece nela uma normatividade bastante para tal, deixando para o legislador ordinário essa tarefa.

Não havendo, ainda, lei ordinária que disponha sobre a criação efetiva dos órgãos administrativos julgadores, não pode o Poder Judiciário se negar a prestar a sua função jurisdicional, com soluções simplistas como estas.

(3) Diogo de Figueiredo Moreira Neto, **Contencioso Administrativo** — Forense, 1977, Rio, p. 74.

Outra decisão recente proferida pelo Presidente do Tribunal Federal de Recursos, indeferindo recurso extraordinário interposto no AG MS 69.385-SP, fundamenta-se em que:

“Trata-se de recurso extraordinário oriundo de controvérsia entre autarquia federal (Instituto Nacional de Previdência Social) e Município (Prefeitura Municipal de Osasco). A teor da Emenda Constitucional de número 7, de 13 de abril de 1977, que introduziu na Carta Política o art. 205, conferindo à autoridade administrativa a solução das questões “entre a União, o Distrito Federal, os Municípios e respectivas autarquias, empresas públicas e sociedades de economia mista ou entre umas e outras”, entendo que restou extinta a competência do Poder Judiciário para o processo e julgamento dos feitos, inclusive os pendentes . . .” (publ. no DJ, de 14-2-78, pág. 500).

Com muito maior razão apresenta-se, aqui, nossa discordância, por se tratar de causa em que são partes uma autarquia federal e um Município, cujo julgamento permanece na competência do Poder Judiciário, segundo o disposto no art. 125, inciso I, da Constituição, *in verbis*:

“Aos juízes federais compete processar e julgar, em primeira instância:

I — as causas em que a União, entidade autárquica ou empresa pública federal forem interessadas na condição de autoras, rés, assistentes ou oponentes, exceto as de falência e as sujeitas à Justiça Eleitoral e à Militar;”

não se submetendo jamais ao contencioso criado no art. 205, o que quebraria a sistemática de nosso ordenamento jurídico e político, com o desrespeito ao princípio basilar da federação (art. 47, § 1º c/c art. 1º da CF).

VI — CONCLUSÕES

1. O contencioso administrativo no Brasil é um modelo híbrido, com características do contencioso francês, sem dispensar a apreciação judicial dos atos administrativos.
2. As causas de sua competência limitam-se aos litígios decorrentes das relações de trabalho (matéria de pessoal federal); fiscais, previdenciárias e de acidentes do trabalho, federais e estaduais.
3. A permissão constitucional para que se exija o exaurimento das vias administrativas não fere o princípio da unidade de jurisdição. É, apenas, uma condição da ação.
4. As decisões administrativas proferidas nas causas previstas no art. 205 não retiram do Judiciário a competência para apreciá-las, porque, sendo

a disposição transitória, não derroga a norma típica constitucional do § 4º do art. 153 da CF, pois é com ela incompatível.

5. Esta norma é de eficácia limitada, não produzindo efeitos por si só. Necessita da lei ordinária para fazê-lo. Sua aplicação no momento, pelos Tribunais, constitui negação da prestação jurisdicional.

BIBLIOGRAFIA

- 1 — ANDRADES, Stratis — **Contentieux Administratif des États Modernes**. Paris, ed. Recueil Sirey.
- 2 — AMARAL, Diogo de Freitas — **A Execução das Sentenças dos Tribunais Administrativos**. Lisboa, 1967.
- 3 — ARAGÃO, J. Guilherme de — **A Justiça Administrativa no Brasil**. Rio, 1955.
- 4 — BONNARD, Roger — **Le Contrôle Juridictionnel de l'Administration**. Paris, 1934.
- 5 — DICKINSON, John — **Administrative Justice and the Supremacy of Law in the United States**.
- 6 — FAGUNDES, Seabra — **O Controle dos Atos Administrativos pelo Poder Judiciário**. Rio, 1957 e 1967.
- 7 — FIORINI, Bartolomé — **Teoría de la Justicia Administrativa**. Buenos Aires, 1944.
- 8 — GUICCIARDI, Enrico — **La Giustizia Amministrativa**. Pádua, 1943.
- 9 — JACQUELIN — **Les Principes Dominants du Contentieux Administratif**. Paris, 1899.
- 10 — LANGROD, Georges — **Contrôle Judiciaire de l'Administration Américaine**. Paris.
- 11 — LOPES DIAS, Vitor Manuel — **Contencioso Administrativo**. Lisboa.
- 12 — LAWSON — "Le Droit Administratif Anglais", in **Revista de Introdução ao Direito Comparado**, 1951, pág. 413.
- 13 — MAYER, Otto — **Droit Administratif Allemand**. Paris, 1903.
- 14 — MEIRELLES, Hely Lopes — **Direito Administrativo Brasileiro**. São Paulo, 1966 — 4ª ed. Revista dos Tribunais, 1976.
- 15 — MOREIRA NETTO, Diogo de Figueiredo — **Tribunais Administrativos para o Controle dos Atos do Poder Público na República Federativa do Brasil**. Ed. Bolsol, Rio, 1970.
— **Curso de Direito Administrativo**. Forense, 3ª ed., Rio, 1976.
— **Contencioso Administrativo**. Forense, Rio, 1977.
- 16 — POUND, Roscoe — **Administrative Law — Its Growth, Procedure and Significance**. University of Pittsburg Press, 1954, págs. 8 e 30.
- 17 — RANELLETTI, Orest — **Le Guarentegie della Giustizia nella Pubblica Amministrazione**. Roma, 1934.
- 18 — RENÉ, Jacquelin — **Les Principes Dominants du Contentieux Administratif**. Paris.
- 19 — ROBSON, WILLIAM A. — **Justice Administrative Law**. Londres, 2ª ed.
- 20 — SANDEVOIR, P. — **Études sur le Contentieux de Pleine Jurisdiction: l'Apport de l'Histoire à la Théorie de la Jurisdiction Administrative** (thèse). Lille, 1962, Lib. Gén. Dr. Jur., 1954.