

ESTUDOS SOBRE JUSTIÇA ADMINISTRATIVA

ORGANIZADORES

Ricardo Perlingeiro | Fernanda Duarte | Rafael Iorio

NUPEJ
uff

ESTUDOS SOBRE JUSTIÇA ADMINISTRATIVA

Ricardo Perlingeiro
Fernanda Duarte
Rafael Iorio
Organizadores



Estudos sobre Justiça Administrativa

Realização



Apoio



Núcleo de Pesquisa e Extensão sobre Ciências do Poder Judiciário (Nupej),
Pró-Reitoria de Pós-Graduação da Universidade Federal Fluminense,
Rua Presidente Pedreira, 62, Ingá, Niterói/RJ, Brasil, CEP: 24210-470;
tel.: (21) 2629-9654; e-mail: < nupej.propi@id.uff.br >.

Universidade Federal Fluminense (UFF)

Reitor: Antônio Claudio Lucas da Nóbrega

Vice-Reitor: Fabio Barboza Passos

Pró-Reitor de Pesquisa e Pós-Graduação: Andrea Brito Latge

Núcleo de Pesquisa e Extensão sobre Ciências do Poder Judiciário (Nupej)

Coordenador: Ricardo Perlingeiro

Vice-Coordenador: Jean Albert Souza Saadi

Conselho Técnico Científico do Nupej

Aluísio Gomes da Silva Júnior, Delton Ricardo Soares Meirelles, Helena Elias Pinto, Jean Albert de Souza Saadi

Membros do Nupej

Pesquisadores efetivos: Aluísio Gomes da Silva Junior, Barbara Lupetti, Claude Adélia Moema Jeanne Cohen, Delton Ricardo Meirelles, Fernanda Duarte, Helena Elias Pinto, Jean Albert de Souza Saadi, Maria Lívia do Nascimento, Rafael Mario Iorio Filho, Ricardo Perlingeiro, Rosa Inês de Novais Cordeiro

Pesquisadores visitantes: Alice Storey, Anne Richardson Oakes, Emilie Ghio

Faculdade de Direito (ESD)

Diretor: Fernanda Pontes Pimentel

Vice-Diretor: Sérgio Túlio Santos Vieira

Programa de Pós-Graduação Justiça Administrativa (PPGJA)

Coordenadora: Helena Elias Pinto

Vice-Coordenadora: Maria Lívia do Nascimento

Departamento de Ciências Judiciárias (DCJ)

Chefe de Departamento: Bárbara Gomes Lupetti Baptista

Vice-Chefe de Departamento: Rafael Mario Iorio Filho

Ricardo Perlingeiro | Fernanda Duarte | Rafael Iorio (Orgs.)

Estudos sobre Justiça Administrativa

Alexandre Lins Giraldes, Arnaldo Goldemberg,
Augusto Moutella Nepomuceno, Bernard dos Reis Alô,
Carolline de Abreu Nunes Longo, Danilo de Oliveira,
Fernando Reverendo Vidal Akaoui, Flávia Martins Affonso,
Gabriel Perlingeiro, Guilherme Calmon Nogueira da Gama,
José Marinho Paulo Junior, Lara de Souza Bitencourt,
Luciana Fernandes Portal Lima Gadelha, Luísa Schmidt,
Marcelo Lamy, Nathália de Paula Brandão,
Paulo André Espirito Santo Bonfadini

1ª Edição

Niterói

Núcleo de Pesquisa e Extensão sobre Ciências do Poder Judiciário (Nupej)

2020

Copyright © 2020 by Ricardo Perlingeiro, Fernanda Duarte, Rafael Iorio

Direitos desta edição reservados ao Núcleo de Pesquisa e Extensão sobre Ciências do Poder Judiciário (Nupej)

Acesso livre e gratuito. Comercialização proibida.

É autorizada a cópia deste livro e também a reprodução do seu conteúdo, desde que indicada a fonte.

Ficha Elaborada por Maria Alice Ferreira - Bibliotecária - CRB-8/7964

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)
(Câmara Brasileira do Livro, SP, Brasil)

Estudos sobre Justiça Administrativa [livro eletrônico] / organizadores Ricardo Perlingeiro, Fernanda Duarte, Rafael Iorio – 1. ed. – Niterói, RJ : Núcleo de Pesquisa e Extensão sobre Ciências do Poder Judiciário (Nupej) 2020.
PDF

Vários autores.

Bibliografia

ISBN 978-65-00-12719-5

1. Direito Administrativo. 2. Direito Administrativo - Brasil. 3. Processo administrativo 4. Justiça - Administração I. Perlingeiro, Ricardo. II. Duarte, Fernanda. III. Iorio, Rafael.

20-49671

CDU-35

Índices para catálogo sistemático:

1. Direito administrativo 35

Equipe Editorial do Nupej

Editora-Chefe: Maria Livia do Nascimento (UFF)

Conselho Editorial: Anne Richardson Oakes (Birmingham City University, Reino Unido); Bárbara Lupetti (UFF); Claude Adélia Moema Jeanne Cohen (UFF); David Capitant (Universidade Paris 1/ Panthéon-Sorbonne, França); Diana-Urania Galetta (Universidade de Milão, Itália); Edilson Pereira Nobre (Universidade Federal de Pernambuco); Fernanda Duarte (UFF); Flávia Piovesan (Pontifícia Universidade Católica de São Paulo); Germana de Oliveira Moraes (Universidade Federal do Ceará); Guilherme Calmon Nogueira da Gama (Universidade do Estado do Rio de Janeiro); Guilherme Marinoni (Universidade Federal do Paraná); Hermann-Josef Blanke (Universidade de Erfurt, Alemanha); Jacques Ziller (Universidade de Pavia, Itália); José Ribas Vieira (Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro); Juliana Ferraz Coutinho (Universidade do Porto, Portugal); Karl-Peter Sommermann (Universidade de Speyer, Alemanha); Leticia Fontestad (Universidade de Málaga, Espanha); Lígia Bahia (Universidade Federal do Rio de Janeiro); Nádia de Araújo (Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro); Odete Medauar (Universidade de São Paulo); Pedro Aberasutry (Universidade de Buenos Aires, Argentina); Rafael Mario Iorio Filho (UFF); Roberto Kant de Lima (UFF); Rosa Inês de Novais Cordeiro (UFF); Sidney Luiz de Matos Mello (UFF); Sueli Dallari (Universidade de São Paulo).

Sumário

Nota Prévia <i>por Ricardo Perlingeiro; Fernanda Duarte; Rafael Iorio</i>	10
Capítulo 1. Justiça Administrativa: um conceito necessário à introdução dos estudos comparados <i>por Ricardo Perlingeiro; Luisa Silva Schmidt</i>	11

Parte 1 | Linhas Gerais

Capítulo 2. Funções Administrativas de Implementação, Controle de Decisões Administrativas e Proteção de Direitos <i>por Ricardo Perlingeiro</i>	22
Capítulo 3. O Princípio do Acesso à Justiça no Âmbito na Justiça Administrativa: a Justiça como Valor <i>por Flávia Martins Affonso</i>	58
Capítulo 4. A Identidade Disforme da Justiça Administrativa Brasileira: Razões Históricas e Proposições Institucionais <i>por Nathália de Paula Brandão</i>	87

Parte 2 | Atuações Administrativas

Capítulo 5. Pelo Devido Processo Administrativo <i>por Fernando Reverendo Vidal Akaoui; Marcelo Lamy; Danilo de Oliveira</i>	107
Capítulo 6. A Necessária Imparcialidade das Autoridades Fiscais: uma Nova Abordagem das Funções de Julgamento no Contencioso Fiscal Brasileiro <i>por Lara de Souza Bitencourt</i>	128
Capítulo 7. Proteção da Confiança Legítima: Dever Exclusivo dos Tribunais? <i>por Augusto Moutella Nepomuceno</i>	156
Capítulo 8. A Jurisdição Administrativa como um Essencial Controle das Agências Reguladoras <i>por Paulo André Espirito Santo Bonfadini</i>	188

Parte 3 | Papel do Ministério Público

- Capítulo 9.** Jurisdição Administrativa pelo Ministério Público | *por José Marinho Paulo Junior* 221
- Capítulo 10.** A Efetividade da Atuação Extrajudicial do Ministério Público: Considerações acerca dos Compromissos de Ajustamento de Conduta em Matéria Ambiental | *por Luciana Fernandes Portal Lima Gadelha* 243

Parte 4 | Consensualidade

- Capítulo 11.** Soluções Consensuais Relacionadas à Fazenda Pública: o Exemplo das Desapropriações “amigáveis” | *por Guilherme Calmon Nogueira da Gama* 273
- Capítulo 12.** O Direito Administrativo do Consenso e a Necessidade do “Novo Normal” | *por Bernard dos Reis Alô* 292
- Capítulo 13.** Cabimento da Mediação e Conciliação no Direito Administrativo | *por Alexandre Lins Giraldes* 309

Parte 5 | Contencioso Jurisdicional

- Capítulo 14.** Controle judicial da Administração Pública: um Cenário de Muitos “Entendimentos” | *por Fernanda Duarte; Rafel Iorio* 322
- Capítulo 15.** Ensaio sobre a Transcendência dos Motivos Determinantes e o seu Potencial Maximizador de Direitos Fundamentais | *por Caroline de Abreu Nunes Longo* 344
- Capítulo 16.** Sanções punitivas e coercitivas na execução de decisões judiciais que impõe à Fazenda Pública prestações da saúde | *por Arnaldo Goldemberg* 378
- Capítulo 17.** O resgate da vocação histórica do mandado de segurança | *por Gabriel Perlingeiro* 419

Abstracts and Keywords in English

Lista de Autores

Nota prévia

O livro “Estudos sobre Justiça Administrativa” decorre das atividades de pesquisa e de ensino desenvolvidas por docentes e discentes vinculados ao Programa de Pós-Graduação Justiça Administrativa e ao Departamento de Ciências Judiciárias da Universidade Federal Fluminense, junto ao Núcleo de Ciências do Poder Judiciário e ao Grupo de Pesquisa Efetividade da Jurisdição, e por docentes e discentes vinculados ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Estácio de Sá, por meio do Núcleo de Pesquisa Justiça Administrativa em Contexto e do Núcleo de Estudos em Direito, Cidadania, Processo e Discurso.

Niterói, 19 de outubro de 2020

Ricardo Perlingeiro
Fernanda Duarte
Rafael Iorio

Capítulo 1

Justiça administrativa: um conceito necessário à introdução dos estudos comparados

*Ricardo Perlingeiro
Luísa Silva Schmidt*

Resumo

O presente texto objetiva delinear um conceito de justiça administrativa enquanto sistema que compreende as relações entre os particulares e o Estado e se manifesta basicamente por três tipos de decisões: as decisões iniciais das autoridades administrativas (*implementation ou front-line decisions*), a revisão dessas decisões no âmbito administrativo (*adjudication*) e a revisão judicial. As características dessas fases decisórias, das autoridades por elas responsáveis e do papel atribuído a cada uma delas na obtenção de um resultado correto e eficiente dão origem a distintos modelos de justiça administrativa. Por meio de distinções conceituais entre termos como justiça, jurisdição, processo e procedimento, bem como da análise da influência dos sistemas de *civil law* e *common law* na formação da cultura jurídica brasileira, pretende-se lançar as bases conceituais necessárias para viabilizar uma análise comparada, com vistas ao aprimoramento do sistema brasileiro.

Palavras-chave

Common law, tutela judicial, administração pública.

A noção de justiça administrativa ainda não se encontra enraizada em nossa cultura jurídica. Entretanto, seu conteúdo é familiar não apenas aos operadores jurídicos, mas a todos os cidadãos, na medida em que se utilizam de serviços públicos como educação ou saúde, pagam tributos, pleiteiam benefícios da seguridade social, requerem licenças para construir ou questionam penalidades aplicadas no exercício do poder de polícia.

A justiça administrativa compreende, de modo geral, as relações dos indivíduos com o Estado e, nesse sentido, se faz presente no cotidiano da grande maioria dos cidadãos. Ela não se confunde com conceitos como “justiça criminal” ou “justiça cível”, uma vez que não designa apenas uma especialização do sistema de justiça, mas compreende um conteúdo mais amplo, que abrange desde as decisões iniciais dos agentes administrativos e o modo como são tomadas até os meios para sua revisão, seja administrativa ou judicial, passando pela reparação de eventuais desvios cometidos¹.

O direito administrativo, segundo Peter Strauss, tem como objeto precípua a atuação do governo capaz de afetar interesses individuais. Em consequência, a compreensão do conceito de justiça administrativa envolve a interação entre as instituições governamentais, suas operações e seus reflexos nos destinatários, os cidadãos².

Uma definição à qual comumente se faz referência é aquela contida na legislação do Reino Unido, que define o sistema de justiça administrativa como

- [...] o sistema global pelo qual são tomadas decisões de natureza administrativa ou executiva em relação a determinadas pessoas, incluindo –
- (a) os procedimentos para a tomada de tais decisões;
 - (b) as normas sob as quais tais decisões são adotadas; e
 - (c) os sistemas para solução de conflitos e formulação de reclamações em relação a tais decisões³.

Portanto, este conceito abrange os processos de tomada de decisão no âmbito da Administração Pública, as normas de direito público que as regem e as instituições responsáveis pelo controle e revisão dessas decisões⁴.

¹ UKAJI (UK ADMINISTRATIVE JUSTICE INSTITUTE). *A Research Roadmap for Administrative Justice*. University of Essex, 2018, p. 9. Disponível em: <<https://drive.google.com/file/d/11MWsDVzO7rWeaM5B-Dkp4O-mXgRJHPIAR/view>>. Acesso em 14 set. 2020.

² STRAUSS, Peter L. *Administrative Justice in the United States*. 3 ed. North Carolina: Carolina Academic Press, 2016, p. 3.

³ UNITED KINGDOM. Parliament. Tribunals, Courts and Enforcement Act 2007 (TCE Act). Disponível em: <<https://www.legislation.gov.uk/ukpga/2007/15/contents>>. Acesso em: 30 set. 2020. Tradução livre. No original: “(4) In this paragraph “the administrative justice system” means the overall system by which decisions of an administrative or executive nature are made in relation to particular persons, including—
(a) the procedures for making such decisions,
(b) the law under which such decisions are made, and
(c) the systems for resolving disputes and airing grievances in relation to such decisions.”

⁴ CANE, Por que ter tribunais administrativos?. A&C – *Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 17, n. 69, jul./set. 2017, p. 80.

Daí extrai-se que o sistema de justiça administrativa compreende basicamente três tipos de decisões: a decisão inicial do órgão administrativo, também designada como *front-line decision* por Asimow⁵ ou como *implementation* por Peter Cane⁶; a *administrative adjudication*, que compreende a revisão dessa decisão inicial no âmbito administrativo⁷; e a revisão judicial. O alcance da revisão judicial – que pode ser aberta, admitindo a introdução de provas e argumentos novos na fase judicial, ou fechada, restringindo-se à análise dos elementos de convicção colhidos nas fases de *implementation* e de *adjudication*; bem como efetuada por cortes generalistas ou especializadas em matéria administrativa⁸ – varia de acordo com a cultura jurídica de cada país.

Os aspectos procedimentais inerentes às fases administrativas de tomada de decisão (*implementation*), de solução de conflitos pela Administração (*adjudication*) e de revisão judicial, bem como o papel atribuído a cada uma delas na obtenção de um resultado justo, dão origem a distintos modelos de justiça administrativa, abordados por Michael Asimow no artigo “Cinco modelos de adjudicação administrativa (Justiça Administrativa)”.

Convém ressaltar que o termo “justiça” é aqui empregado em seu sentido descritivo, não em seu sentido prescritivo, que designa as qualidades que tornam aceitáveis as decisões emanadas de um determinado órgão ou sistema legal⁹. Peter Cane observa que “os usos descritivos do termo são consistentes com a justiça e a injustiça no sentido prescritivo. Em outras palavras, o ‘sistema de justiça administrativa’ pode produzir resultados injustos e justos”¹⁰.

É importante destacar, também, que justiça administrativa não equivale a jurisdição administrativa. Esta, enquanto função estatal exercida por julgadores dotados de competência, independência e imparcialidade, capazes de solucionar definitivamente o conflito, situa-se na última das fases do sistema mais amplo de justiça administrativa, qual seja, a revisão judicial.

Não há impedimento à existência de atividade jurisdicional fora do Poder Judiciário, desde que presentes as prerrogativas referidas. No entanto, na configuração atual do sistema de justiça administrativa brasileiro, a jurisdição é encontrada somente no Poder Judiciário, ao qual compete a palavra final na solução dos conflitos administrativos.

Assim, o termo “justiça administrativa” compreende os conflitos gerados pelo funcionamento do Estado e de suas instituições, conflitos cuja solução esteja tanto no Poder Judiciário, por meio da atuação de órgãos judiciais especializados ou não (*Courts*), quanto fora

⁵ ASIMOW, Michael. Cinco modelos de adjudicação administrativa (Justiça Administrativa). *Revista de Investigações Constitucionais*, Curitiba, vol. 4, n. 1, jan./abr. 2017, p. 131.

⁶ CANE, *ob. cit.*, p. 78.

⁷ *Ibid.*, p. 78.

⁸ Cfe. ASIMOW, *ob. cit.*, p. 133-134.

⁹ MASHAW, Jerry L. Conflict and Compromise among Models of Administrative Justice. *Duke Law Journal*, Vol. 1981:181, n. 2, p. 184.

¹⁰ CANE, *ob. cit.*, p. 79.

dele, no âmbito de órgãos integrantes da estrutura do Poder Executivo ou Legislativo (*Tribunals*)¹¹. Portanto, a justiça administrativa é mais abrangente do que a jurisdição administrativa, que alcança apenas atuação dos órgãos incumbidos da solução de conflitos de direito administrativo dotados de competência, independência e imparcialidade, constituindo um direito humano fundamental¹².

Nessa mesma linha, é importante ter em mente a distinção entre processo e procedimento. Apesar de ser comum o uso indistinto das expressões no Brasil, *processo* costuma designar a atuação jurisdicional na qual são asseguradas as garantias de contraditório, ampla defesa e efetividade, além da independência e imparcialidade dos julgadores, ao passo que *procedimento* se refere à atuação não jurisdicional, desprovida das garantias citadas. O processo pode ser judicial ou extrajudicial, nos países que adotam a jurisdição dúplice, mas o procedimento sempre será extrajudicial¹³.

A propósito, pode-se questionar, tendo em vista que o Brasil tradicionalmente adota um sistema de *civil law*, com fortes influências do direito administrativo francês, a predominância de conceitos extraídos de autores provenientes de sistemas de *common law*.

No entanto, a despeito do peso do direito europeu continental na sua formação jurídico-administrativa, o Brasil sofreu forte influência do *common law* no que tange à revisão judicial de atos do poder público, como se pode perceber pela adoção de um modelo de controle difuso de constitucionalidade de inspiração norte-americana.

Com efeito, a França, assim como o Brasil, adota um modelo de justiça administrativa em que as fases de *impletation* e *adjudication* são procedimentos inquisitoriais, ou seja, sem separação entre as funções de investigação e de decisão, e sem garantias de independência e imparcialidade das autoridades decisórias. No entanto, a França adota um modelo de revisão por cortes especializadas em questões de direito administrativo, ao passo que no Brasil a revisão judicial compete a cortes generalistas¹⁴.

Nesse ponto, o modelo brasileiro assemelha-se ao norte-americano, o qual não contempla cortes especializadas em matéria constitucional ou administrativa, restando às cortes generalistas a revisão das decisões governamentais.

Todavia, nos Estados Unidos os *Hearing Officers* (HOs), servidores responsáveis pela *adjudication* – os quais, nos procedimentos submetidos à Lei de Processo Administrativo

¹¹ ASIMOW, *ob. cit.*, p. 136.

¹² Artigo 8 da Convenção Americana de Direitos Humanos; Caso Baena Ricardo y otros vs. Panama, CIDH, § 127 (Sentença de 2 fev. 2001).

¹³ PERLINGEIRO, Ricardo; AFFONSO, Flávia. Introdução à compilação de leis de procedimento administrativo e processo administrativo latino-americanos. In PERLINGEIRO, Ricardo (coord.). *Procedimento administrativo e processo administrativo latino-americanos: compilação de leis nacionais*. Tribunal Regional Federal da 2ª Região, Escola da Magistratura Regional Federal. Rio de Janeiro: EMARF, 2017, p. 23-24.

¹⁴ ASIMOW, Michael, *ob. cit.*, p. 133-136.

de 1946 (*Administrative Procedure Act – APA*), são denominados *Administrative Law Judges (ALJs)* –, embora não sejam integrantes do Poder Judiciário, são dotados de garantias destinadas a assegurar sua independência, como a vitaliciedade, a separação entre as funções investigatória e decisória e a seleção por critérios técnicos¹⁵.

Por conseguinte, o foco do sistema de justiça administrativa norte-americana reside na forma como as decisões são tomadas pelo governo e por seus agentes, e não na resposta fornecida pelo Judiciário, que é apenas um dos meios de controle possíveis¹⁶.

No Brasil, inversamente, a falta de julgadores (*adjudicators*) dotados de garantias de independência no âmbito do Poder Executivo acaba por conferir ao Judiciário protagonismo no papel de assegurar a solução justa e eficiente dos conflitos entre os cidadãos e a Administração.

Tendo em vista a necessidade de alocar recursos limitados de forma eficiente, cada modelo de justiça administrativa tende a privilegiar os investimentos em uma das fases – decisão inicial, *adjudication* e revisão judicial – a fim de atingir o objetivo de assegurar decisões razoáveis. Nos sistemas vinculados à *common law*, a prevalência costuma estar na fase de *adjudication*, seja por meio da atuação de ALJs vinculados à agência que proferiu a decisão inicial, mas dotados de garantias de independência, como nos Estados Unidos, seja por meio da atuação de *tribunals* independentes e geralmente especializados, como na Austrália e no Canadá^{17 18}.

Ambos os modelos adotam revisão judicial por cortes de competência comum, assim como o Brasil. A diferença é que em nosso país essa fase de revisão por Cortes judiciais dotadas de julgadores independentes e imparciais, com poder de revisão amplo, mas não especializados, é considerada a principal fase decisória do sistema de justiça administrativa, o que acaba dando margem a disfunções, como a aplicação de princípios próprios do direito privado na solução de conflitos de direito administrativo.

Em síntese, apesar de estar inegavelmente baseado na *civil law*, o sistema brasileiro adota um modelo judiciário semelhante ao da *common law*, de caráter generalista, precedido, ao menos formalmente, de um devido processo no âmbito administrativo¹⁹, tal como se concebe nos *tribunals* australianos e canadenses e nos ALJ norte-americanos.

Portanto, a análise comparada tem o potencial de lançar luzes sobre alternativas viáveis para o aprimoramento do sistema de justiça administrativa brasileiro, tornando-o capaz de lidar de forma correta e eficiente com as variadas demandas que lhe são submetidas pelos

¹⁵ *Ibid.*, p. 139-140.

¹⁶ STRAUSS, *ob. cit.*, p. 5 e 10.

¹⁷ ASIMOW, Michael, *ob. cit.*, p. 141 e 146.

¹⁸ O Reino Unido também adotava modelo semelhante até 2007, quando os *tribunals* passaram a integrar o Poder Judiciário, ao lado das *courts* (UNITED KINGDOM, Tribunals, Courts and Enforcement Act 2007, *ob. cit.*).

¹⁹ Neste sentido, o artigo 5º, LV, da Constituição Federal de 1988, prevê que “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”.

cidadãos. Todavia, essa análise deve ser feita de forma criteriosa, respeitando a natureza dos institutos e as peculiaridades da cultura jurídica de cada país, de modo a evitar, utilizando uma expressão de Asimow²⁰, “transplantes mal sucedidos” de institutos jurídicos.

Não basta simplesmente importar institutos jurídicos que operam de forma eficaz em seus países de origem se não se conhece o direito administrativo brasileiro e seus objetivos. A escolha do modelo mais apropriado de justiça administrativa está intrinsecamente relacionada aos objetivos do direito administrativo. As necessidades de um sistema baseado na atribuição de benefícios com base em julgamentos morais para aferir o merecimento em cada caso difere muito das de um sistema destinado à concessão de benefícios àqueles que se enquadram nos requisitos normativos, de acordo com valores previamente eleitos pelos formuladores das normas e com fatos objetivamente apurados pelos aplicadores dessas normas²¹.

Daí a importância dogmática do estudo da justiça administrativa, em suas fases de decisão inicial (*implemetation*), solução de conflito dentro da Administração (*adjudication*) e decisão jurisdicional perante o Judiciário (revisão judicial), de modo a identificar os critérios norteadores de cada uma delas e, por conseguinte, as características que melhor lhes atendem.

Nessa perspectiva, a presente obra versa sobre esses três aspectos da justiça administrativa, com o intuito de aclarar as bases teóricas sobre o tema e, por conseguinte, viabilizar um diálogo comparado com sistemas jurídicos que influenciaram o brasileiro.

O livro está dividido em cinco partes. Na primeira, as linhas gerais e os antecedentes históricos da justiça administrativa no Brasil são abordados em três artigos.

No texto que inaugura esta obra, Ricardo Perlingeiro realiza uma análise das três fases da justiça administrativa na América Latina, que abrange desde os fatores que influenciaram sua configuração até suas características atuais e tendências futuras. Em uma abordagem comparada, o autor observa como a forma de incorporação de institutos estrangeiros gerou traços peculiares da justiça administrativa nos países latino-americanos e propõe, a partir daí, a criação de um sistema com identidade própria capaz de conferir primazia aos direitos fundamentais.

Partindo da premissa de que o direito de acesso à justiça não se restringe aos mecanismos de acesso ao Poder Judiciário, mas abrange o direito de acesso a uma ordem jurídica justa, e da noção de justiça administrativa como um sistema amplo de análise das relações entre os indivíduos e o Estado, em que a revisão judicial é apenas um dentre muitos instrumentos disponíveis, Flávia Martins Affonso constrói a ideia de acesso à justiça administrativa como forma de concretizar o papel da Administração Pública na proteção e garantia de direitos fundamentais e, por conseguinte, reduzir a sobrecarga do Judiciário no que diz respeito à solução de demandas repetitivas oriundas da Administração.

²⁰ *Ob. cit.*, item 4, p. 156-160.

²¹ MASHAW, *ob. cit.*, p. 205-206, 210-211.

Nathália de Paula Brandão traça um panorama institucional histórico dos sistemas de justiça administrativa da França, do Reino Unido e dos Estados Unidos, a fim de revelar sua influência no modelo híbrido adotado atualmente no Brasil. Em uma análise crítica do modelo vigente, a autora identifica o modo como uma junção descontextualizada de institutos enfraqueceu a capacidade administrativa de garantir o atendimento aos direitos fundamentais, resultando, por conseguinte, na exacerbada judicialização dos conflitos administrativos, e propõe medidas para atenuar as disfunções apontadas.

A segunda parte, composta por quatro artigos, é dedicada à atuação das autoridades administrativas.

Fernando Reverendo Vidal Akaoui, Marcelo Lamy e Danilo de Oliveira analisam como o influxo constitucional transformou a noção de processo administrativo. Antes visto como instrumento do exercício do poder estatal, o processo, acompanhando as transformações do próprio Direito Administrativo, passou a ser encarado como meio de garantia de direitos fundamentais e de consecução dos objetivos constitucionalmente atribuídos ao Estado – posição esta que, ressaltam os autores, ainda precisa ser assimilada na prática administrativa brasileira.

Lara de Souza Bitencourt discorre sobre a justiça administrativa no campo tributário ao analisar o contencioso administrativo fiscal no âmbito federal, com enfoque para a atuação do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais – CARF, órgão administrativo de revisão de decisões em matéria fiscal. A autora sustenta que assegurar garantias aos integrantes desse órgão visando a promover sua imparcialidade objetiva teria o condão de aumentar a confiabilidade da fase de *adjudication* e, por conseguinte, reduzir a revisão judicial em matéria tributária.

Augusto Moutella Nepomuceno analisa as diversas formas pelas quais a proteção da confiança legítima, enquanto consectário do estado democrático de direito, pode ser aplicada para limitar a autotutela administrativa e resguardar os direitos dos particulares de boa-fé. Embora a aplicação do princípio no Brasil seja majoritariamente jurisprudencial, o autor defende sua encampação pelas autoridades administrativas como meio de fortalecer sua atuação na promoção da estabilidade e da segurança jurídica.

Paulo André Espírito Santo Bonfadini examina a justiça administrativa sob o prisma das agências reguladoras, instituídas no direito brasileiro para proporcionar uma atuação estatal mais especializada e menos burocratizada em setores econômicos considerados estratégicos. Após efetuar uma análise do direito comparado, o autor conclui pela possibilidade de o sistema uno de jurisdição vigente no Brasil coexistir com tribunais administrativos especializados, os quais seriam mais vocacionados a revisar os atos e regulamentos emanados das agências reguladoras do que o Judiciário generalista.

A terceira parte tem foco na atuação do Ministério Público no sistema de justiça administrativa.

Em consonância com a visão que não reduz a justiça administrativa à fase de revisão judicial, José Marinho Paulo Junior examina o papel do Ministério Público na mediação de

interesses contrapostos que é própria do atual sistema multiportas de resolução de conflitos. Em razão das garantias institucionais asseguradas aos seus membros, o autor defende o caráter jurisdicional da atuação do Ministério Público nas fases prévias à judicialização do conflito, apta a merecer deferência.

A atuação extrajudicial do Ministério Público em conflitos ambientais, por meio de inquéritos civis, recomendações e compromissos de ajustamento de conduta, é objeto do texto de Luciana Fernandes Portal Lima Gadelha, que destaca como a conformidade a princípios como publicidade, participação social e duração razoável tem o condão de tornar mais efetiva a adjudicação levada a cabo pelo Ministério Público, reduzindo a revisão judicial.

A quarta parte deste livro é composta de três artigos que tratam da busca de soluções consensuais aos conflitos administrativos.

A resolução consensual da desapropriação, como alternativa mais eficiente à judicialização, é abordada por Guilherme Calmon Nogueira da Gama. Ao tratar de recente inovação legislativa que permite que essa forma extrema de intervenção estatal na propriedade privada seja resolvida por meio de acordo, o autor aponta novos rumos para uma atuação administrativa informada pelos direitos fundamentais.

Bernard dos Reis Alô retoma a temática da solução alternativa de conflitos em um contexto extremamente atual. O autor propõe um novo olhar sobre as instituições já existentes a fim de adequá-las ao que chama de “novo normal”, uma vez que, apesar do farto arcabouço legislativo, as formas consensuais de solução de conflitos de direito administrativo ainda esbarram na falta de independência funcional dos membros da advocacia pública, responsável por fomentar uma cultura de litigância em lugar de uma postura de diálogo institucional.

Alexandre Lins Giraldes analisa a legislação infraconstitucional que autoriza o uso da conciliação, da mediação e da arbitragem pela administração pública à luz da leitura atual dos princípios regentes do direito administrativo, como a vinculação ao interesse público, a disponibilidade do interesse público secundário e a isonomia. Numa perspectiva que não reduz o conceito de jurisdição à atuação judicial, o autor advoga as vantagens da solução jurisdicional de conflitos administrativos por meio da autocomposição na promoção de um novo paradigma do direito administrativo.

Por fim, a quinta parte arremata esta obra com quatro artigos que versam sobre a interpretação que o Poder Judiciário tem dado às questões de justiça administrativa.

Fernanda Duarte e Rafael Mário Iorio Filho abordam o controle do ato administrativo discricionário praticado pelo Supremo Tribunal Federal sob a ótica do discurso linguístico contido nas decisões, bem como das questões culturais, antropológicas e sociais a ele subjacentes. Com base na lógica do contraditório que permeia o raciocínio jurídico brasileiro e dificulta o alcance de sentidos compartilhados, os autores analisam como a falta de um padrão decisório acerca do alcance do controle judicial do ato administrativo compromete a segurança jurídica e a pacificação social.

Carolline de Abreu Nunes Longo examina como a aplicação da teoria da transcendência dos motivos determinantes das decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal no controle concentrado de constitucionalidade, ao estender os efeitos vinculantes não somente ao dispositivo, mas também à tese jurídica fixada na decisão, tem o potencial de racionalizar o sistema jurídico, conferindo-lhe maior estabilidade e proporcionando tratamento isonômico dos jurisdicionados.

Arnaldo Goldemberg aborda a inobservância, pelo Poder Executivo, das prestações necessárias à garantia do direito fundamental à saúde como sintomática da transferência dessas ações ao Poder Judiciário, no que denomina de ativismo judicial “provocado”. Nessa ótica, o autor analisa a ineficácia das sanções pecuniárias impostas a fim de compelir o cumprimento das decisões judiciais, e propugna sejam privilegiados os meios extrajudiciais de cumprimento do dever primário às prestações de saúde.

No artigo que encerra esta obra, Gabriel Ribeiro Perlingeiro Mendes discorre sobre o mandado de segurança, instrumento de controle judicial do ato administrativo por excelência. Após analisar os antecedentes do mandado de segurança no direito comparado e no direito brasileiro, o autor explora sua gênese enquanto instrumento vocacionado a veicular causas em face da Administração Pública e observa, analisa, verifica como essa finalidade perdeu-se com o entendimento atual acerca da fungibilidade entre o mandado de segurança e as ações de rito ordinário, sugerindo a progressiva adaptação das regras processuais incidentes em conflitos de direito público como forma de propiciar tutela judicial mais adequada às suas peculiaridades.

Referências

ASIMOW, Michael. Cinco modelos de adjudicação administrativa (Justiça Administrativa). *Revista de Investigações Constitucionais*, Curitiba, vol. 4, n. 1, jan./abr. 2017, p. 129-165.

CANE, Por que ter tribunais administrativos?. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 17, n. 69, jul./set. 2017, p. 77-110.

CIDH. Caso Baena Ricardo y otros vs. Panama, , § 127 (Sentença de 2 fev. 2001).

MASHAW, Jerry L. Conflict and Compromise among Models of Administrative Justice. *Duke Law Journal*, Vol. 1981:181, n. 2, p. 181-212.

PERLINGEIRO, Ricardo; AFFONSO, Flávia. Introdução à compilação de leis de procedimento administrativo e processo administrativo latino-americanos. In PERLINGEIRO, Ricardo (coord.). *Procedimento administrativo e processo administrativo latino-americanos: compilação de leis nacionais*. Tribunal Regional Federal da 2ª Região, Escola da Magistratura Regional Federal. Rio de Janeiro: EMARF, 2017, p. 21-29.

STRAUSS, Peter L. *Administrative Justice in the United States*. 3 ed. North Carolina: Carolina Academic Press, 2016.

UKAJI (UK ADMINISTRATIVE JUSTICE INSTITUTE). *A Research Roadmap for Administrative Justice*. University of Essex, 2018, p. 9. Disponível em: <<https://drive.google.com/file/d/11MWsDVzO7rWeaM5BDkp4O-mXgRJHPIAR/view>>. Acesso em 14 set. 2020.

UNITED KINGDOM. Parliament. Tribunals, Courts and Enforcement Act 2007 (TCE Act). Disponível em: <<https://www.legislation.gov.uk/ukpga/2007/15/contents>>. Acesso em: 30 set. 2020.

Parte 1

Linhas Gerais

Capítulo 2: Funções Administrativas de Implementação, Controle de Decisões Administrativas e Proteção de Direitos | *Ricardo Perlingeiro* - 22

Capítulo 3: O Princípio do Acesso à Justiça no Âmbito na Justiça Administrativa: a Justiça como Valor | *Flávia Martins Affonso* - 58

Capítulo 4: A Identidade Disforme da Justiça Administrativa Brasileira: Razões Históricas e Proposições Institucionais | *Nathália de Paula Brandão* - 87

Capítulo 2

Funções Administrativas de Implementação, Controle de Decisões Administrativas e Proteção de Direitos

Ricardo Perlingeiro

Resumo

Este ensaio consiste em uma análise comparativa das tradições de direito administrativo na América Latina e seu impacto no cenário contemporâneo, e das tendências nas orientações gerais de seus sistemas de justiça administrativa. Essa análise é limitada aos países latino-americanos de origem ibérica sob jurisdição da Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte I.D.H.). O método seguido pelo autor consiste em apontar as atribuições das autoridades administrativas e em tentar identificar a distinção, na América Latina, entre a “função administrativa de implementação” (administrative function of implementation), o “controle da legalidade das decisões administrativas” (não relacionado a uma função jurisdicional) e a “proteção de direitos” (por meio de uma função jurisdicional), enquanto examina sua gênese histórica e suas tendências futuras. Nessa perspectiva, o texto aborda os poderes administrativos e seus limites; as prerrogativas e instrumentos das autoridades no exercício de suas funções de aplicação; o controle das decisões administrativas pelas próprias autoridades administrativas e também por órgãos a elas externos; e a proteção de direitos perante tribunais e órgãos administrativos em face de decisões administrativas. O autor conclui que o direito administrativo latino-americano, apesar de sua essência da civil law sempre ter coexistido com o modelo de judicial review típico da common law, está correntemente tendendo, por um lado, a aproximar-se do modelo estadunidense de administrative adjudication, e, por outro, a ajustar-se à jurisprudência da Corte I.D.H., no que diz respeito à função adminis-

trativa de implementação consonante ao direito fundamental à boa administração que, em conjunto com um reexame crítico do controle difuso de legalidade das normas administrativas nos tribunais, poderia salvaguardar o verdadeiro papel dos órgãos destinados à solução de conflitos (autoridades administrativas ou tribunais), em suas funções de proteger direitos individuais em vista de uma justiça administrativa mais justa e equitativa.

Palavras-chave

América Latina, direito comparado, justiça administrativa, procedimento administrativo, tribunais.

Sumário

1. Introdução

1.1 Premissas retrospectivas para um estudo comparado

1.1.1 Um direito administrativo baseado no civil law concebido para uma revisão judicial típica da common law

1.1.2 Cláusula do devido processo administrativo e deferência judicial

1.1.3 Busca de uma identidade própria para implementações, controles de decisão e soluções de conflito

1.2 Premissas prospectivas para um estudo comparado

1.2.1 A influência da Corte I.D.H. para um novo direito administrativo latino-americano

1.2.3 Aproximações entre o direito administrativo latino-americano e o administrative state estadunidense

2. Função administrativa de implementação

2.1 Dimensão individual e coletiva das funções de implementação

2.2 Decisões dos Executivos político e não-político

2.3 Princípio da legalidade como norte das funções de implementação

2.4 Prerrogativas pessoais e institucionais nas funções administrativas de implementação

2.5 Decisões administrativas iniciais no exercício de poderes que restringem direitos individuais

2.6 Decisões administrativas iniciais que concedem benefícios a um requerente

3. Controle das decisões administrativas

3.1 Dimensão coletiva do controle de legalidade versus dimensão individual da função de solução de conflitos

3.2 Esferas de tomada de decisão para o controle de decisões administrativas

3.3 Parâmetros procedimentais para o controle de legalidade administrativa

3.4 Controle concentrado para questões administrativas de efeito geral

3.5 Tendências extraídas do controle de convencionalidade pelas autoridades

4. Proteção de direitos perante autoridades administrativas e perante tribunais (via jurisdição)

4.1 Equilíbrio entre a solução de conflitos perante autoridades administrativas e perante tribunais

4.2 A pretensão resistida como condição para a jurisdição

4.3 A jurisdição como uma ficção jurídica

4.4 A proteção (in)efetiva de direitos na seara administrativa

4.5 A proteção (ilusória) de direitos perante tribunais

5. Conclusões

Lista de siglas

CADH - Convenção Americana de Direitos Humanos

CDFUE - Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia

CEDH - Convenção Europeia dos Direitos do Homem

Corte I.D.H. - Corte Interamericana de Direitos Humanos

LAJ - Administrative Law Judges [Juizes de Direito Administrativo]

OEA - Organização dos Estados Americanos

PIDCP - Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos

TRF2 - Tribunal Regional Federal da 2ª Região

*O texto deste capítulo foi publicado anteriormente em inglês (Administrative Functions of Implementation, Control of Administrative Decisions, and Protection of Rights, *British Journal of American Legal Studies*, Birmingham, v. 10, n. 1, 2021) e em italiano (Funzioni amministrative di attuazione, controllo delle decisioni amministrative e protezione dei diritti, *P.A. Persona e Amministrazione Ricerche Giuridiche sull'Amministrazione e l'Economia*, v. 1, p. 331-364, 2020)

1. Introdução

Este artigo propõe uma análise comparativa das origens do direito administrativo na América Latina e de seu impacto no cenário contemporâneo, e apresenta tendências nas orientações gerais de seus sistemas de justiça administrativa. Essa análise é limitada aos países latino-americanos de origem ibérica, sob jurisdição da Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte I.D.H.).

A expressão “função de implementação”, utilizada por referenciais como Peter Cane, Michael Asimow, Jerry Mashaw e Peter Strauss, foi adotada no presente texto para facilitar a comparação entre o sistema jurídico dos países latino-americanos e os de origem da *common law*, evidenciando-se a distinção entre as funções da Administração Pública voltadas para a solução de conflitos (*administrative adjudication function*) e as funções administrativas meramente executivas.

Nesse contexto, pontuam-se as atribuições das autoridades administrativas e tenta-se identificar a distinção, na América Latina, entre a *função administrativa de implementação* (*administrative function of implementation*), o *controle da legalidade das decisões administrativas* (*control of legality of administrative decisions* – não relacionado a uma função jurisdicional), e a *proteção de direitos* (*protection of rights*) – por meio de uma função jurisdicional), enquanto se examina sua gênese histórica e se vislumbram possíveis tendências futuras.

Com efeito, o artigo reflete uma perspectiva própria do autor sobre leis, jurisprudência e práticas administrativas, o que nem sempre vai ao encontro do modelo dogmático aceito nos países latino-americanos. Portanto, novas abordagens são apresentadas, e.g., a diferença entre “proteção de direitos” e “controle da legalidade das decisões”, fundada principalmente nas dimensões coletiva e individual das funções administrativas de solucionar conflitos e de implementar leis (itens II.A e III.A, B, C e D).

No entanto, o contributo do autor é predominantemente descritivo do ponto de vista do Sistema Interamericano de Direitos Humanos, que tem se tornado progressivamente presente no direito administrativo latino-americano. Foca-se especialmente no controle concentrado das decisões administrativas (itens III.D e E), na atribuição de poderes para solucionar conflitos a órgãos extrajudiciais (item IV.A) e nas decisões de implementação sujeitas à cláusula do devido processo (item II.C) – sendo todas essas tendências do direito administrativo latino-americano.

1.1. Premissas retrospectivas para um estudo comparado

1.1.1 Um direito administrativo baseado no civil law concebido para uma revisão judicial típica da common law

Na América Latina, as bases substantivas do direito administrativo mantêm-se até hoje vinculadas às raízes do direito francês. Ao longo dos últimos 200 anos, a literatura latino-americana de direito administrativo vem se orientando pelo direito francês e pelo direito de países dele originados, como o direito italiano e o alemão.¹

O interesse dos juristas latino-americanos pelo direito inglês e pelo americano tem focado o sistema judicial, em que a jurisdição dos tribunais ordinários se estende a conflitos entre os cidadãos e as autoridades administrativas. Essa abordagem já foi considerada mais apropriada ao liberalismo,² como contraposição ao modelo francês de *justice retenue*, que existiu antes da reforma de 1872, e que só foi pensado para permitir que as autoridades públicas administrativas revisassem suas próprias decisões.³ De fato, com o processo de independência das colônias ibero-americanas, no início do século XIX, o modelo constitucional estadunidense,⁴ com destaque para seu sistema judiciário único, no qual os tribunais têm competência jurisdicional tanto para questões de direito privado quanto de direito administrativo, e que foi “continentalizado” (*continentalised*), na Europa, pela Constituição Belga de 1831, veio a ser adotado por inúmeros países latino-americanos e ainda está vigente nos seguintes países: México, Chile, Argentina, Paraguai, Costa Rica, Peru, El Salvador, Bolívia, Brasil, Panamá, Nicarágua, Honduras e Equador. Países que possuem tanto tribunais com competência geral quanto tribunais administrativos especializados são exceções na América Latina: Guatemala, República Dominicana, Colômbia e Uruguai.⁵

A grande peculiaridade do direito latino-americano é a coexistência problemática de um direito administrativo inspirado no sistema jurídico do *civil law* e o modelo judiciário inspirado no sistema jurídico do *common law*.⁶

¹ Ver LARES, Teodosio. *Lecciones de derecho administrativo*. México: Imprenta de Ignacio Cumplido 1852. p. 5; URUGUAY, Visconde do. *Ensaio sobre o direito administrativo*, 1.ed. Rio de Janeiro: Typographia Nacional, 1862. p. 7; AMUNÁTEGUI RIVERA, José Domingo. *Resumen de derecho administrativo aplicado a la legislación de Chile*. Santiago: La Razón, 1900. p. 91; CAVALCANTI, Themistocles Brandão. *Instituições de direito administrativo brasileiro*. 2 ed. Rio de Janeiro: Livraria Editora Freitas Bastos, 1936. p. 3-10; RUIZ, Jorge Fernandez. Presentación. In: MAURER, Harmut. *Derecho administrativo alemán*. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2012. p. XXXVIII.

² RIVERO, Jean. *Curso de direito administrativo comparado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 153.

³ LARES, op. cit., p. 210-211; URUGUAY, op. cit., p. 178; CASTILLO VELASCO, José Maria del. *Ensayo sobre el derecho administrativo mexicano*, v. 2. México: Castilho Velasco e Hijos, 1875. p. 275.

⁴ BARBOSA, Ruy. *Habeas Corpus*. Bahia: Typographia do Diario da Bahia, 1892. p. 21.

⁵ Ver PERLINGEIRO, Ricardo. Uma perspectiva histórica da jurisdição administrativa na América Latina: tradição europeia-continental versus influência norte-americana. *Revista de Investigações Constitucionais*, Curitiba, v. 2, n. 1, p. 104-107, 2015.

⁶ ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Curso de direito administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 621-622.

1.1.2 Cláusula do devido processo administrativo e deferência judicial

Ademais, o Caso da Suprema Corte dos EUA, de 1970, *Goldberg v. Kelly*,⁷ confirmou que a cláusula do devido processo era aplicável ao contencioso administrativo, a partir de uma reinterpretação da Quinta e da Décima-Quarta Emendas à Constituição estadunidense. Na sequência dessa decisão, que foi recebida com grande entusiasmo nos EUA, as leis e constituições dos países latino-americanos incorporaram a noção de um devido processo legal perante autoridades administrativas.⁸

Entretanto, a despeito de tal previsão normativa na América Latina, na prática, não se instituiu, em favor dos funcionários públicos investidos de poderes burocráticos decisórios, prerrogativas que visassem a uma atuação com *certa* independência e imparcialidade, a exemplo dos juízes de direito administrativo (*Administrative Law Judges - LAJ*) estadunidenses, e tampouco se conheceram, no direito latino-americano, estruturas semelhantes a *administrative tribunals*, tal como desenvolvidas nos demais países de *common law*, especialmente no Reino Unido, como parte do Judiciário, e na Austrália e no Canadá, vinculados a um *Executivo não político*.

Por outro lado, na ausência de uma competência especializada em direito administrativo, os tribunais latino-americanos tendem a ter menos *expertise* do que os tribunais europeus, e assim tendem a tratar os conflitos administrativos como se fossem conflitos de direito privado. Na linguagem de Abram Chayes,⁹ os tribunais acabam considerando mais a natureza bilateral do conflito (apenas o pedido formulado e a defesa correspondente), do que a base estrutural subjacente, qual seja, o interesse público, que é o foco típico de uma causa de direito administrativo, mesmo quando a pretensão é trazida por um indivíduo em face de uma agência governamental.

A propósito, no mundo da *common law*, os princípios fundamentais de direito administrativo sofreram influência de tribunais ordinários que se valeram da analogia com os princípios do direito privado.¹⁰

⁷ ESTADOS UNIDOS. Suprema Corte. *Caso Goldberg v. Kelly*, 397 US 254. Washington, 23 de março de 1970. Ver MERRILL, Thomas W. Jerry L. Mashaw: The due process revolution, and the limits of judicial power. In: PARRILLO, Nicholas R. (ed.). *Administrative law from the inside out*. Cambridge: Cambridge University Press, 2017. p. 40.

⁸ PERLINGEIRO, op. cit., p. 119-121.

⁹ CHAYES, Abram. The role of the judge in public law litigation. *Harvard law review*, Cambridge, v. 89, n. 7, p. 1281, 1976. Ver também SCHWARTZ, Bernard. *French administrative law and the common-law world*. New York: New York University Press, 1954. p. 320.

¹⁰ Ibid., p. 3.

1.1.3 Busca de uma identidade própria para implementações, controles de decisão e soluções de conflito

Como corolário lógico de tal quadro, tribunais latino-americanos terminaram fragmentando o dever do Executivo não político de assegurar a isonomia das partes perante a lei. Tomadas de decisões são realizadas por autoridades administrativas conforme os princípios de direito administrativo baseados na lei, nas políticas públicas e nos poderes administrativos discricionários, com foco no interesse público. No entanto, interessados são frequentemente confrontados com decisões administrativas que não são tomadas de acordo com as garantias do devido processo na esfera administrativa, nem são sujeitas a revisão por órgãos administrativos quase-judiciais. Tais decisões restam propensas a submeterem-se a uma plena revisão judicial pelos tribunais ordinários, que tendem a ter foco na natureza bilateral do caso (princípios de direito privado), ao invés de considerarem a base estrutural do interesse público (princípios de direito público).

É imperioso que o direito latino-americano busque uma identidade própria capaz de transcender sua herança europeia, em razão de certas características de matriz francesa (atualmente com poderes amplos de revisão das decisões administrativas e com ausência de autoridades quase-judiciais) que são incompatíveis com a matriz inglesa do direito administrativo (provida de tribunais de competência geral).

O maior desafio histórico da América Latina, em matéria de direito administrativo, tem sido estabelecer diretrizes definidoras das competências institucionais afetas à legislatura, aos Executivos político e não político e aos tribunais e *courts*, no que diz respeito à criação e à implementação de leis e normas administrativas, e à proteção jurisdicional de direitos, sem se afastar do princípio da tutela judicial efetiva, enquanto condição para o Estado de Direito, e das garantias do devido processo, como fundamento para uma justiça administrativa justa e equitativa, partindo de certas estruturas enraizadas nos sistemas jurídicos da *civil law* e da *common law*.

Reconhece-se que as funções públicas decisórias serão alocadas nas funções típicas de Estado, de acordo com a realidade de cada sistema jurídico.¹¹ Pretende-se aqui também incluir as noções discrepantes em direito administrativo quanto à fronteira entre o *direito produzido* pela legislatura, pelo Executivo político e pelos tribunais, nos sistemas de *civil law* e de *common law*.

Portanto, a questão latino-americana reside em definir cada uma das atribuições estatais acima mencionadas e seus pré-requisitos, respeitando-se a evolução histórica das bases essenciais do seu direito administrativo, de modo que a alocação de poderes em diferen-

¹¹ ASIMOW, Michael. Five models of administrative adjudication. *The American Journal of Comparative Law*, Michigan, v. 63, p. 27-28, 2015.

tes esferas públicas decisórias, na prática, não implique duplicidade de funções ou ausência de funções.

Nesse sentido, não basta que uma autoridade administrativa detenha competência para proteger direitos: é necessário que ela reúna bases estruturais para exercer uma jurisdição qualificada, independente e imparcial;¹² não basta que um tribunal se arvore em produzir decisões com efeitos gerais, se não detiver legitimidade constitucional democrática correspondente; não é suficiente que um tribunal opte pela deferência a autoridades, se tais autoridades não forem capazes de proteger direitos ou de implementar leis e normas eficazmente.

Tampouco o princípio da separação de poderes é suficiente para explicar fenômenos contemporâneos, como a intensa descentralização da estrutura interna da Administração Pública dos EUA.¹³ Daí, Peter Cane preferir falar em “sistemas de governo (distribuição de poder de modo difuso vs. concentrado) e regimes de controle (*check-and-balance* vs. *accountability*)” em sua obra *Controlling Administrative Power: an Historical Comparison*.¹⁴

Como se observa, a dificuldade para compreender a diversidade de papéis das autoridades em relação a outras esferas de poder certamente não é uma exclusividade do direito administrativo latino-americano, embora seja verdade que, nos países latino-americanos de origem ibérica, tal dificuldade é mais evidente em razão da conjugação não adequada de dois modelos jurídicos bastante complexos e distintos.

1.2 Premissas prospectivas para um estudo comparado

1.2.1 A influência da Corte I.D.H. para um novo direito administrativo latino-americano

A jurisprudência da Corte I.D.H. tem precedência sobre a legislação nacional nos países que se sujeitam à sua jurisdição, e recentemente estabeleceu que o *controle de convencionalidade* é ainda mais abrangente, envolvendo todas as autoridades estatais (sejam elas órgãos executivos, legislativos ou judiciários).¹⁵ Outrossim, a implementação de leis nacionais deve ser de acordo com a interpretação que a própria Corte I.D.H. confere à Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH) (chamada de *bloco de convencionalidade*).¹⁶

¹² Ibid., p. 31.

¹³ Ver CANE, Peter. *Controlling administrative power: An historical comparison*. Cambridge: Cambridge University Press, 2016. p.7; STRAUSS, Peter L.. The place of agencies in government: Separation of powers and the fourth branch. *Columbia Law Review*, New York. v. 84, n. 3, p. 573, April 1984; PINTO, Bilac. Separação de poderes. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 6, p. 260, 1946.

¹⁴ Ver CANE, op. cit.

¹⁵ INTER-AMERICAN COURT OF HUMAN RIGHTS (I/A COURT H.R.). *Case of Expelled Dominicans and Haitians v. Dominican Republic*, ¶ 471. San José, 28 of August 2014; I/A COURT H.R. *Case of Gelman v. Uruguay, Monitoring compliance with judgment*, ¶ 69. San José, 20 of March 2013; I/A COURT H.R. *Case of the Santo Domingo Massacre v. Colombia*, ¶ 142. San José, 30 of November 2012.

¹⁶ I/A COURT H.R. *Case of Cabrera García and Montiel Flores v. Mexico*, Concurring Opinion of Ad Hoc Judge Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot, ¶¶ 33-35, 37, 42, 44, 59. San José, 26 of November 2010.

A propósito, uma questão de especial interesse para o direito administrativo foi enfrentada no Caso Claude Reyes e outros vs. Chile,¹⁷ em que se reconheceu a implementação em parte do art. 8.1 da CADH às decisões administrativas iniciais (*front-line decisions*), sujeitando-as à cláusula do devido processo, porém apenas no que fosse necessário para evitar uma decisão arbitrária, uma vez que elas são consideradas típicas funções administrativas de implementação e não encerram uma verdadeira jurisdição.

Também vale citar que, do referido Caso Claude Reyes vs. Chile, resultou a Lei-Modelo Interamericana sobre Acesso à Informação Pública, aprovada pela Organização dos Estados Americanos (OEA), em que comissões administrativas são fomentadas e concebidas com prerrogativas de independência para decidir sobre recursos, protegendo direitos mediante funções jurisdicionais, de modo semelhante às agências administrativas do *administrative state* estadunidense.¹⁸

1.2.3 Aproximações entre o direito administrativo latino-americano e o *administrative state* estadunidense

Como se depreende, tais perspectivas servem como indicativo de tendências do direito administrativo latino-americano, indo ao encontro do princípio da boa administração, consagrado no art. 41 da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia (CDFUE), e da cláusula do devido processo no âmbito administrativo, como no citado Caso Goldberg vs. Kelly.

Percebe-se, também, que o direito latino-americano vem se aproximando de um modelo jurídico análogo ao do *administrative state* estadunidense com autoridades quase-independentes,¹⁹ que é coerente com um sistema judiciário de unidade jurisdicional e receptivo à *deferência judicial*.

É por tal razão que a presente comparação *latino-americana* inclui breves exames do direito administrativo dos países de *common law*, em especial dos EUA, como relevante fonte de reflexão para o desenvolvimento do direito administrativo nos países latino-americanos que são ex-colônias da Espanha e de Portugal e que se sujeitam à jurisdição da Corte Interamericana de Direitos Humanos, quais sejam: Argentina, Bolívia, Brasil, Chile, Colômbia, Costa Rica, El Salvador, Equador, Guatemala, Honduras, México, Nicarágua, Panamá, Paraguai, Peru, República Dominicana, Uruguai e Venezuela.

¹⁷ I/A COURT H.R. *Case of Claude Reyes y otros v. Chile*, ¶¶119, 120. San José, 19 of September 2006.

¹⁸ ORGANIZACIÓN DE LOS ESTADOS AMERICANOS (OEA) AG/RES. 2607 (XL-0/10). *Ley modelo interamericana sobre acceso a la información pública*, 2010.

¹⁹ GORDILLO, Agustín. Los tribunales administrativos como alternativa a la organización administrativa. *RAP*, Buenos Aires, p. 955-962, 2005; TÁCITO, Caio. Presença norte-americana no direito administrativo brasileiro. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v.129, p. 21-33, jul./set. 1977.

2. Função administrativa de implementação

2.1 Dimensão individual e coletiva das funções de implementação

A expressão “funções administrativas de implementação” (*implementation administrative functions*) se refere às atribuições executivas típicas das autoridades administrativas²⁰ que se expressam pelo exercício de um poder sob a orientação do interesse público, alcançando, inclusive, as decisões administrativas iniciais.²¹

Uma das modalidades de implementação administrativa é provida de uma *dimensão individual* e manifesta-se mediante iniciativa do interessado, como a decisão administrativa que concede ou nega um requerimento individual.

Para uma melhor contextualização do tema no direito latino-americano, adiciona-se como *função de implementação* outra modalidade de decisões administrativas, quais sejam, as que decorrem de manifestação *ex officio* pelas autoridades, nas quais se identifica uma *dimensão coletiva*, e.g.: a edição de decisões de efeito geral (incluindo-se as normas administrativas) e a decisão que leva à restrição de um direito individual, no interesse da sociedade.

As tomadas de decisão de efeito geral, incluídas pelo direito latino-americano no conceito de *ato administrativo*,²² não reclamam um prévio *due process*, porque (exceto por ficção jurídica), não causam, por si só, lesão a direitos individuais.²³ Na verdade, os atos administrativos de efeito geral tendem à abstração e somente *através* de uma decisão com efeito concreto e individual se tornam um potencial risco de causar lesão a direitos individuais.

Tratando-se de uma decisão que priva um indivíduo de direitos, a implementação administrativa diz respeito apenas à decisão que inicia o processo correspondente, ou seja, refere-se à denominada decisão inicial que é obrigatoriamente sucedida de uma função de solução de conflitos para a *proteção de direitos*, de modo que o interessado possa defender-se em momento subsequente e previamente à decisão final.

Nesse contexto, a *implementação*, tanto na sua dimensão individual quanto na sua dimensão coletiva, não depende de um prévio processo tal como se exigiria de uma decisão final e definitiva.

2.2 Decisões dos Executivos político e não-político

Na América Latina do séc. XIX,²⁴ as decisões administrativas com aptidão para gerar efeitos gerais eram associadas a *actes de gouvernement* (os equivalentes às *political questions*

²⁰ STRAUSS, Peter L. *An introduction to administrative justice in United States*. North Carolina: Carolina Academic Press, 2016. p. 3-4.

²¹ CANE, op. cit., p. 326.

²² Arts. 120, 121.2 da Lei costarriquenha n. 6.227/1978, art. 27 da Lei boliviana n. 2.341/2002, art. 4 da Lei mexicana de 1994 e art. 2.1 da Lei nicaraguense n. 350/2000.

²³ Art. 124 da Lei costarriquenha n. 6.227/1978.

²⁴ LARES, op. cit., p. 16; CASTILLO VELASCO, Jose Maria del. *Ensayo sobre el derecho administrativo mexicano*, v. 1. México: Taller de imprenta de la escuela de artes y oficios, 1874. p. 8-9.

estadunidenses)²⁵ e hoje são enquadradas como *políticas públicas*,²⁶ inerentes a um Poder Executivo político e a decisões não judicializáveis, sob o fundamento de que os tribunais não detêm expertise e legitimidade democrática suficientes para substituí-las.

Desse modo, do ponto de vista do direito latino-americano contemporâneo, associa-se a expressão *Poder Executivo não político* às decisões administrativas individuais, ou seja, àque-las que concretizam – perante pessoas *determinadas* – normas e decisões de efeitos gerais. São as decisões individuais, inerentes a um Poder Executivo não político, que, em princípio, desa-fiam a função pública de proteção jurisdicional de direitos; as demais, inerentes a um Poder Executivo político, são decisões que também se sujeitam a controle, porém de outra espécie.

De fato, a razão pela qual uma decisão de efeito geral, associada à *decisão governativa*, pode gerar responsabilidade pessoal do *governante* (responsabilidade administrativa, civil, pe-nal) é o fato de que tal decisão não tem como ser movida completamente por critérios alheios e imunes ao direito.²⁷

Ademais, a margem de discricionariedade na elaboração de políticas, para as autorida-des tomadoras de decisão, hoje prensada pelos direitos fundamentais, faz concluir que, em uma leitura atual, a expressão *decisões governativas* não passa de uma tentativa de sustentar que, de tal categoria de decisões, não resulta lesão a direitos, escapando-se assim da moda-lidade de controle via *proteção jurisdicional de direitos*, mas mantendo-se outras modalidades de controle,²⁸ por exemplo, um controle que leve à responsabilidade pessoal dos tomadores de decisão.

Graças a uma perspectiva flexível do direito a uma proteção jurisdicional efetiva (art. 8.1 da CADH), a qual restringe as *decisões governativas* a apenas alguns casos (e.g., às relações internacionais),²⁹ o direito latino-americano contemporâneo alcançou o extremo oposto da concepção extensiva de *decisões governativas*. Com efeito, no passado, a compreensão de *ato de governo* equivalia na prática ao *poder gracioso*, que era uma denominação que hoje poderia ser traduzida como algo próximo a poder discricionário.³⁰ Essa concepção ultrapassada e abrangente de *decisões governativas*, remontando ao século XIX, foi à época estimulada pela doutrina francesa do *fin político* (*political end*),³¹ conferindo às autoridades uma imunidade

²⁵ Sobre political questions and non-reviewability, nos EUA, e non-justiciability no UK and Australia, see Cane, op. cit., p. 489-497.

²⁶ Ver art. 21.1-2 da Lei guatemalteca n. 119/1996.

²⁷ MAYER, Otto. *Derecho administrativo alemán*, v.1. Buenos Aires: Depalma, 1982. p.3-5.

²⁸ MEDAUAR, Odete. Ato de Governo. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 191, p. 81-85, jan./mar.1993.

²⁹ CAVALCANTI, op. cit., p. 37-39.

³⁰ LARES, op. cit., p. 7-8. Ver CAVALCANTI, op. cit., p. 140-152.

³¹ JÈZE, Gaston. *Los principios generales del derecho administrativo*. Madrid: Reus, 1928. p. 281; SCHWARTZ, op. cit., p. 161; LARES, op. cit., p. 39.

perante os indivíduos.³² Nesse ponto, não difere do que restou das doutrinas dos *actes de gouvernement*³³ e das *political questions* estadunidenses.³⁴

A tendência de espremer o conceito de decisões governativas também se explica devido a uma constante, crescente e criticável onda de judicialização por meio do controle da legalidade das decisões administrativas. No entanto, está em aberto o debate sobre se hoje são passíveis de jurisdição as políticas públicas e demais decisões administrativas de efeito geral que, no passado, escondiam-se no conceito amplo de decisão governativa. Este ponto será retomado abaixo, cf. item III.A deste texto.

2.3 Princípio da legalidade como norte das funções de implementação

O princípio da legalidade administrativa na América Latina, sob a influência alemã, se manifesta atualmente com sua dupla conotação: a primazia da lei, afirmando-se que a Constituição prevalece sobre as leis e normas administrativas;³⁵ e a *Grundsatz des Vorbehalts des Gesetzes*, originada no direito prussiano,³⁶ segundo a qual a capacidade de tomada de decisão das autoridades administrativas é limitada pela intenção dos legisladores.³⁷

Portanto, as decisões de implementação administrativa no direito latino-americano, antes voltadas unicamente para a concretização da lei no sentido literal, hoje tendem a ser guiadas por considerações de constitucionalidade e de direitos ou princípios fundamentais, e.g., tratamento isonômico, segurança jurídica e proteção da confiança legítima.³⁸

Ademais, com influência no território latino-americano, a jurisprudência da Corte I.D.H. estabeleceu que as autoridades administrativas, e não apenas os tribunais, devem guiar-se pela CADH, nos termos em que a própria Corte I.D.H. a interpreta.

Em consequência, impõem-se aos tomadores de decisão administrativa de implementação os deveres de transparência, publicidade, eficiência, moralidade, bem como os deveres de ouvir previamente os interessados e de motivar as decisões, de modo a prevenir o arbítrio e viabilizar que os (interessados) prejudicados impugnem as decisões.³⁹

Portanto, cada vez menos importância têm as expressões *poder discricionário* e *margin de apreciação*, na medida em que as escolhas a cargo das autoridades não mais são livres dentro

³² CAVALCANTI, op. cit., p. 37-39.

³³ JÈZE, op. cit., 275.

³⁴ SCHWARTZ, op. cit., p. 332.

³⁵ Arts. 4.h da Lei boliviana n. 2.341/2002, art. 2.1 da Lei brasileira n. 9.784/1999, art. 4.1.1 e 5.2.2 Título Preliminar da Lei peruana n. 27.444/2001, art. 1.1 da Lei dominicana n. 107-13/2013.

³⁶ JAMES, Hermann Gerlach. *Principles of Prussian Administration*. New York: Macmillan Company, 1913. p. 155.

³⁷ Art. 104.5 da Lei colombiana n. 1.437/2011.

³⁸ Arts. 54-55 da Lei brasileira n. 9.784/1999, art. 3.15 da Lei dominicana n. 107-13/2013.

³⁹ I/A COURT H.R. *Case of Claude Reyes y otros v. Chile*, ¶¶119, 120. San José, 19 of September 2006.

de uma delimitação pela legislação, mas sim pautadas pela supremacia dos direitos humanos fundamentais,⁴⁰ que, quando em colisão, levam os tomadores de decisão a orientarem-se pelos critérios da proporcionalidade e do interesse público preponderante.

É perceptível, então, que as decisões administrativas de implementação tendem, na medida do possível, a prevenir conflitos, ou seja, antecipam-se às funções de controle e de proteção de direitos, consoante o princípio fundamental do direito à boa administração (art. 41 da CDFUE)⁴¹ e a recente interpretação do art. 8.1 da CADH pela Corte I.D.H..⁴² Há uma tendência a conferir às decisões administrativas de implementação um caráter mais efetivo, investindo-se recursos públicos em uma fase administrativa prévia, sem prejuízo de revisões posteriores (que, pela lógica, seriam em menor número).

2.4 Prerrogativas pessoais e institucionais nas funções administrativas de implementação

Portanto, as decisões das autoridades não estão mais sujeitas apenas ao critério da estrita legalidade administrativa, mas também devem respeitar a Constituição e as convenções internacionais. Isso gera um problema prático: como as instituições administrativas e seus servidores públicos investidos em cargos decisórios serão capazes de desafiar *leis* e *normas administrativas* (estas quando editadas por órgãos hierarquicamente superiores) que considerarem ilegais, inconstitucionais ou anticonvencionais? São as instituições administrativas suficientemente independentes frente a outras esferas de poder e interesses econômicos? São os tomadores de decisão suficientemente habilitados, independentes e imparciais para tanto?

Na América Latina, servidores públicos costumavam ter dificuldades para defender seus próprios direitos individuais;⁴³ porém, após uma gradual reorientação, agora são geralmente recrutados através de concursos públicos baseados em *expertise* técnica e possuem posições estáveis. Consequentemente, não perdem seus empregos, a menos que considerados culpados por uma infração, em um procedimento disciplinar.⁴⁴ No entanto, muitos cargos-

⁴⁰ KRELL, Andreas J. Discricionarieidade administrativa, conceitos jurídicos indeterminados e controle judicial. Revista da Escola de Magistratura Federal da 5ª Região, Recife, v.8, p. 184-185, 2004.

⁴¹ Art. 4 da Lei dominicana n. 107-13/2013.

⁴² I/A COURT H.R. *Case of Claude Reyes y otros v. Chile*, ¶¶119, 120. San José, 19 of September 2006.

⁴³ LARES, op. cit., p. 59-60; BUENO, J. A. Pimenta. *Direito Público Brasileiro*. Rio de Janeiro: Typographia imp. e const. de J. Villeneuve E.C., 1857. p. 25.

⁴⁴ Art. 6 da Lei argentina n. 22.140/1980, art. 8 do Decreto argentino n. 1.669/1993, arts. 1º e art. 10 da Lei colombiana n. 27/1992, arts. 6, 27 e 29 da Lei colombiana n. 909/2004, arts. 17 e 18 da Lei chilena n. 18.834/1989 (atualizada pelo Decreto com força de Lei 29/2004) e art. 37.2 da Constituição brasileira de 1988. Sobre a diferença entre governo e Administração Pública no Império do Brasil, ver RIBAS, Antonio Joaquim. *Direito administrativo brasileiro*. Rio de Janeiro: F.L. Pinto & C., Livreiros-Editores, 1866. p. 63-64. Ver ainda, atualmente, na Nicarágua: NAVARRO MEDAL, Karlos. El Derecho Administrativo en Nicaragua. In: NAVARRO MEDAL, Karlos; MORENO MOLINA, José Antonio (coord). *Derecho Administrativo*. Nicaragua: INEJ, 2018. p. 181. Sobre o *political leadership of administration* nos EUA, ver STRAUSS, P. *An introduction to administrative justice in United States*. North Carolina: Carolina Academic Press, 2016. p. 17.

-chave para tomadas de decisão vêm sendo ocupados por servidores públicos civis e não civis de carreira, a depender do critério político e do grau de confiança do diretor da instituição, que não precisa explicar os fundamentos de sua decisão; tais funcionários são frequentemente removidos do cargo de modo semelhante.⁴⁵ Nesses casos, aquele que ocupar um cargo essencial para tomadas de decisão carecerá de estabilidade em tal posição.

Apesar de a ausência de *expertise* vir sendo compensada pela existência de assessores jurídicos, o fato é que, de um lado, os pareceres jurídicos não vinculam o tomador de decisão, e, de outro, tal medida pode deixar a impressão de que quem decide, na prática, é o assessor jurídico, não investido na função de tomador de decisão.

A ausência de estabilidade vulnera os servidores públicos que exercem parcela de poder, pois ela é uma condição *sine qua non* para a independência, que, por sua vez, é instrumento da imparcialidade e também da aparência de imparcialidade.

A propósito, a imparcialidade se faz necessária não somente nas funções de solução de conflitos, mas sobretudo nas funções administrativas de implementação, porque os tomadores de decisão de implementação, a todo momento, procedem a escolhas difíceis entre interesses privados e interesses públicos, dos quais devem demonstrar equidistância.

Nesse contexto, tomadores de decisão e instituições administrativas necessitam manifestar independência frente a tais interesses (independência externa). Por isso, tomadores de decisão devem ser providos de remunerações adequadas, e as instituições devem ser dotadas de certa autonomia administrativa e financeira. Com efeito, os servidores públicos, ao contrário do exemplo do direito equatoriano,⁴⁶ precisam de independência dentro da própria instituição a que pertencem, reconhecendo-se-lhes a estabilidade do cargo e as garantias de que não receberão ordens diretas ou indiretas de seus superiores hierárquicos que possam interferir em suas convicções para decidir (i.e., garantindo a independência interna).

2.5 Decisões iniciais no exercício de poderes que restringem direitos individuais

As decisões iniciais no exercício de poderes de restrição de direitos, com frequência, são confundidas com as decisões administrativas de solução de conflitos, o que é um erro, vez que elas se sujeitam a princípios diferenciados. O ato de julgar é cercado de princípios inerentes ao devido processo e destinado a exigir do Estado uma decisão que solucione um conflito em que ele se envolva com um interessado. Sendo assim, uma decisão administrativa de implementação, que é uma decisão inicial por excelência, será toda decisão administrativa que não se enquadrar como uma decisão de julgar, o que significa que uma decisão de implementação não é necessariamente baseada em um devido processo legal. No exercício

⁴⁵ Art. 149 da Lei brasileira n. 8.112/1990 e art. 49 da Lei chilena n. 1/19.653/2000.

⁴⁶ Art. 10 do Decreto equatoriano n. 2.428/2002.

dos poderes administrativos sancionatório e regulamentar, as decisões iniciais são exemplos de decisões administrativas individuais de implementação: a fase inicial de apuração, na qual uma comissão investiga se um indivíduo deve ser sancionado ou ser alvo de outra medida restritiva, produz uma decisão inicial conforme o caso.⁴⁷ O mesmo ocorre com o poder das autoridades de revogar de ofício decisões (que tenham beneficiado alguém e) que passaram a ser consideradas ilegais em razão de uma nova apreciação de questões de fato e de direito. As decisões referentes a tais poderes são emitidas de ofício e não precedem de um devido processo, este apenas posteriormente assegurado pelo dever dos julgadores de impor aos persecutores o ônus da prova e de garantir o direito de defesa previamente a qualquer decisão adversa. Desse modo, durante uma investigação preliminar, as autoridades não têm deveres perante os investigados além daqueles que, em geral, exigem-se das funções de implementação, eis que nenhuma função de solução de conflitos é envolvida.⁴⁸

Na América Latina, a ausência de uma linha divisória clara entre implementação e solução de conflitos, no exercício de poderes administrativos que restringem direitos individuais, tem ocasionado, de um lado, o equívoco no uso da presunção de legalidade das decisões administrativas condenatórias,⁴⁹ a qual precisaria ser precedida de um autêntico devido processo, sem o risco de inverter o ônus da prova em detrimento do acusado; de outro, o equívoco de ordens judiciais impondo às autoridades administrativas que suas decisões iniciais sejam sempre precedidas de um devido processo, com base em uma leitura descontextualizada de normas legais e constitucionais que preveem o devido processo na fase administrativa. Como não é da natureza de uma decisão inicial ser precedida de um devido processo, as autoridades não conseguem cumprir as decisões judiciais, de modo que acabam paralisadas, e as persecuções sancionatórias, prescritas.

2.6 Decisões administrativas iniciais que concedem benefícios a um requerente

Benefícios pretendidos pelos cidadãos são conferidos por meio de requerimento a ser decidido por um tomador de decisão inicial. É esse o caso dos benefícios previdenciários ou serviços de saúde e da participação em certames públicos destinados a vagas em universidades e escolas (públicas), ou em empregos públicos. Conforme explicado no tópico anterior, uma decisão inicial, como uma decisão administrativa de implementação, não precede de um devido processo. No entanto, se a decisão inicial que aprecia um pedido de benefício implicar indiretamente prejuízo a alguém, seja negando a pretensão do requerente, seja deferindo a

⁴⁷ ASIMOW, op. cit., p. 5 nota 8.

⁴⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). RMS 22.789, Primeira Turma, Rel. Min. Moreira Alves. Brasília, 4 de maio de 1999.

⁴⁹ Sobre a presunção de legalidade: art. 39 da Lei argentina n. 19.549/1972, art. 4.g da Lei boliviana n. 2.341/2002, art. 88 da Lei colombiana n. 1.437/2011, arts. 10-11 da Lei dominicana n. 13-07/2006 e art. 68 do Decreto equatoriano n. 2.428/2002.

pretensão do requerente em detrimento do interesse de outrem, aquela decisão será objeto de uma impugnação a ser decidida mediante um devido processo típico das funções jurisdicionais. Uma área cinzenta entre implementação e solução de conflitos também se formou nos países latino-americanos.⁵⁰ Apenas recentemente, leis que condicionavam a impugnação judicial à existência de uma prévia decisão inicial foram questionadas nos tribunais supremos,⁵¹ sob o argumento de que tais leis estariam restringindo indevidamente o direito constitucionalmente garantido a uma jurisdição perante os tribunais de justiça. Esse argumento é claramente fundamentado na falsa premissa de que uma decisão administrativa inicial (de implementação) equivale a uma decisão administrativa de solução de conflitos.⁵² De fato, se, apesar de prevista em lei, a solução de conflitos em sede administrativa não atende, na plenitude, à cláusula do devido processo, isso significa que outra esfera de poder de revisão deve estar ao alcance do indivíduo. Em geral são os tribunais judiciários que ocupam tal espaço na América Latina.

Porém, uma decisão inicial acerca de benefícios requeridos não pode ser substituída pelos tribunais ou por outros órgãos julgadores em qualquer circunstância, sob pena de inversão desproporcional de papéis institucionais: a via judicial não seria a mais adequada, porque ali não se detém qualificações específicas à avaliação inicial de um requerimento.⁵³ Uma jurisdição, substitutiva da atuação administrativa, não se fará necessária enquanto os julgadores detiverem o poder para ordenar às autoridades de implementação que decidam sobre o requerimento. Nessa hipótese, salvo em caso de inércia prolongada das autoridades, a qual seria equiparável à negativa da pretensão, seria possível buscar uma jurisdição diretamente e sem uma prévia decisão administrativa inicial.⁵⁴

3. Controle das Decisões Administrativas

3.1 Dimensão coletiva do controle de legalidade *versus* dimensão individual da função de solução de conflitos

Com efeito, nenhuma decisão emanada pelo poder público está imune ao controle de *legalidade*,⁵⁵ tanto do ponto de vista da existência dos fatos em que a autoridade baseia sua

⁵⁰ Sem uma distinção clara entre *request* e *remedies*: art. 121.3 da Lei Costarriquenha n. 6.227/1978.

⁵¹ Ver arts. 30 da Lei argentina n. 19.549/1972 e art. 146 da Lei hondurenha n. 152-87/1987.

⁵² BRASIL. STF. RE 631.240. Rel. Min. Luis Roberto Barroso. Brasília, 15 de dezembro de 2016.

⁵³ COSTA RICA. Corte Suprema de Justicia de San José de Costa Rica. Exp Exp. 04-005845-007-CO, Res. No. 6866-2005, para VIII, A. San José, 1º de junio de 2005.

⁵⁴ ARGENTINA. Suprema Corte de la Nación Argentina. *Caso Biosystems SA v. Ministerio de la Salud / Hospital Posadas*. Buenos Aires, 22 de novembro de 2012. Ver também arts. 200.1.2 e 201.104 da Lei panamenha n. 38/2000.

⁵⁵ BREWER-CARÍAS, Allan R.. *Estado de Derecho y control judicial*. Madrid: Instituto Nacional de Administración Pública, 1987. p. 9.

decisão, quanto do ponto de vista das leis e demais normas interpretadas e aplicadas.⁵⁶ No entanto, as decisões administrativas, despidas do potencial de causar automaticamente lesão a direito individual, devem sujeitar-se a um regime de controle *não* jurisdicional e proporcional às bases de sua elaboração.

A distinção que se propõe entre o controle de legalidade de decisão administrativa e a proteção jurisdicional de direitos reside, sobretudo, nas suas dimensões coletiva e individual. O controle de decisões administrativas é realizado sempre a partir de uma perspectiva geral, enquanto que a proteção de direitos tem um caráter naturalmente individual. Ainda que se trate de um controle de decisão administrativa de efeito individual, o interesse em jogo não é o individual, mas sim o geral, da sociedade, em ver a autoridade implementar corretamente a lei e a norma administrativa.

Em outras palavras, o controle de decisões administrativas não se presta à proteger direitos individuais, ele é comparável a um *controle político*.⁵⁷ O exercício do controle das decisões administrativas, inclusive de decisões individuais, mais se assemelha a uma implementação (que diz respeito ao exercício *ex officio* de poderes administrativos, como o de *autotutela* – a prerrogativa da autoridade de rever suas próprias decisões)⁵⁸ do que a uma função jurisdicional: no controle das decisões administrativas, não é um direito individual que está em jogo, mas sim o *interesse* de uma coletividade. Por isso, o controle de decisões é uma atuação a que se procede *ex officio*, e a proteção de direitos individuais é uma atuação que depende da iniciativa dos interessados. A menos que haja um conflito intersubjetivo (conflito entre indivíduos ou entre indivíduos e entidades administrativas), na prática, o ente público controlador exerce uma função quase consultiva ou normativa, à luz dos efeitos gerais de sua decisão sobre a legalidade de uma decisão administrativa.⁵⁹ O que se pretende dizer é que, a despeito de o controle de decisões poder ser exercido por *courts*, tribunais ou pelo legislativo, se não implica concretamente uma lesão a direito individual, caracteriza-se o referido controle, em relação à sociedade, como uma função pública *interna corporis*.⁶⁰ A jurisdição é uma função pública imprescindível somente para a satisfação de direitos individuais⁶¹ ou individualizáveis.⁶² O

⁵⁶ Arts. 3-5, 7 e 8 do Euro-American model code of administrative jurisdiction (PERLINGEIRO, Ricardo; SOMMERMAN, Karl-Peter. *Euro-American model code of administrative jurisdiction*. Niterói: Editora da UFF, 2014) e STRAUSS, 2016, op. cit., p. 456.

⁵⁷ JÈZE, op. cit., p. 246.

⁵⁸ Sobre o *poder de autotutela*, art. 3.b da Lei boliviana n. 2.341/2002.

⁵⁹ PERLINGEIRO, Ricardo. A execução forçada de pretensões pecuniárias e a coerção administrativa de fazer, suportar ou omitir-se. *Revista de Direito Administrativo Contemporâneo*, São Paulo, v. 3, n. 21, p. 139, nov./dez. 2015.

⁶⁰ Sobre o conceito de questão interna, art. 1.2.1, Título I, da Lei peruana n. 27.444/2001.

⁶¹ STRAUSS, 2016, op. cit., p.75.

⁶² Art. 29, Título II, da Lei peruana n. 27.444/2001.

devido processo legal é uma garantia do indivíduo contra o Estado e não o contrário, e tampouco é um poder de certos órgãos públicos contra outros órgãos públicos.

Embora a função de proteger direitos não deixe de ser uma forma de controle sobre as autoridades, ela é uma forma de controle apenas em um sentido indireto. Uma ilegalidade da autoridade administrativa, reconhecida em um processo jurisdicional, é considerada um pressuposto indireto da proteção de direitos. Mas nem sempre o pressuposto para reconhecer um direito individual pode ou deve ser sempre apreciado pelo julgador; isso porque a atividade de solver um conflito, de natureza individual, nem sempre se compatibiliza com a dimensão coletiva do controle de decisões administrativas.

3.2 Esferas de tomada de decisão para o controle de decisões administrativas

Não se cogita sustentar que falece legitimidade democrática aos tribunais ou a outros órgãos jurisdicionais para reger o controle de decisões administrativas. Não é o meu objetivo aqui indicar quais esferas de poder e órgãos seriam os competentes para o controle de legalidade das autoridades. Essa é uma questão entregue à organização política e cultural de cada Estado. Na verdade, objetiva-se alertar que um regime de controle acerca da legalidade de decisões não se torna jurisdicional unicamente pelo fato de ser de competência de uma corte,⁶³ e que o fator determinante na jurisdição é o direito do indivíduo, sendo missão preponderante de um julgador a proteção de direitos, e não o controle de legalidade das decisões administrativas. Nessa seara também está em jogo a credibilidade de que cada esfera de poder ou ente administrativo goza em uma sociedade.⁶⁴ Não se ignora que, em países com autoridades descredibilizadas e desestruturadas, atribuir competência aos tribunais para decidirem sobre o controle de *legalidade das decisões administrativas* pode ser uma necessidade.

No Brasil, a “*ação de improbidade administrativa*” é um exemplo de que o legislador, não confiando plenamente nas autoridades para o exercício do poder sancionatório disciplinar, criou um processo judicial de iniciativa do Ministério Público com o mesmo efeito.⁶⁵ Isso significa que a relativa importância dos papéis representados pelos tribunais, em dada sociedade, depende da *credibilidade* das outras esferas de poder.⁶⁶

A propósito, nota-se um aumento no número de leis relativas às ações *populares* (*actio popularis*).⁶⁷ Essas ações consistem em demandas, relacionadas a questões administrativas, pe-

⁶³ NUNES, Castro. *Do Poder Judiciário*. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1943. p 5.

⁶⁴ FÁBRICA, Luís. A ação popular no projecto do código de processo nos tribunais administrativos. In: SILVA, Vasco Pereira da, et al. *Reforma do Contencioso Administrativo*, v.1, Coimbra: Editora Coimbra, 2003. p. 204-241.

⁶⁵ Art. 1º da Lei brasileira n. 8.429/1992.

⁶⁶ STRAUSS, 2016, op. cit., p. 430-431, nota 89.

⁶⁷ Art. 5.73 da Constituição brasileira de 1988, arts. 10.1.d e 10.2 da Lei costarricense n. 8.508/2006 e arts. 135 e 137 da Lei colombiana n. 1.437/2011. Sobre o surgimento da ação popular no Brasil, ver FAGUNDES, Seabra M. Da ação popular. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 6, p. 1-19, 1946.

rante tribunais, cuja legitimidade *ad causam* é de qualquer um do povo, ainda que sem interesse direto na questão, sendo vagamente justificadas em um regime de democracia participativa.⁶⁸

Porém, ainda que compreensível, tal inversão de papéis nem sempre é proporcional e pode ocasionar uma disfunção institucional. O custo de conviver com decisões jurisdicionais que não sejam democráticas, nem igualitárias, pode ser muito alto.⁶⁹ Ademais, legisladores deveriam abster-se de atribuir questões não judicializáveis aos tribunais ou a órgãos quase judiciais, ou seja, deveriam abster-se de conferir-lhes atribuições sobre questões que um julgador não seja qualificado para resolver, sem uma *expertise* técnica adicional e sem legitimidade democrática (pressupostos típicos da deferência judicial).

3.3 Parâmetros procedimentais para o controle de legalidade administrativa

Permitir que tribunais e órgãos jurisdicionais decidam sobre questões administrativas de efeito geral, inclusive quando postas como fundamento de uma pretensão individual,⁷⁰ é um convite para que tribunais e julgadores em geral façam política ou interfiram em políticas públicas, por meio de um questionável procedimento.

A função exercida por órgãos julgadores acerca de pretensões que são primordialmente dirigidas contra leis ou ações administrativas de efeito geral é uma atuação que, ao revés de prender-se somente a princípios afetos à tutela judicial efetiva, deve se aproximar, o quanto possível, dos princípios democráticos que orientam as esferas de poder destinadas à criação de leis e de normas administrativas. Isso inclui o exercício de uma margem de discricionariedade para elaboração de políticas envolvendo escolha difíceis, e.g., alocações orçamentárias.

Tratando-se de uma decisão administrativa de alcance geral, a efetividade do seu controle depende da *expertise* e sobretudo da aptidão democrática do tomador de decisão que exerce o controle. Além disso, um procedimento apropriado é necessário para assegurar que a decisão consequente produza efeitos gerais em conformidade.⁷¹ Assim sendo, não seriam determinantes os argumentos deduzidos pelas partes e pelos julgadores, em um processo jurisdicional tradicional, enquanto não detiverem – as partes e os juízes – legitimidade bastante para vincular a coletividade.

⁶⁸ Sobre a participação popular, credibilidade de instituições e regimes ditatoriais, ver FRIEDRICH, Carl J. *Constitutional government and democracy: Theory and practice in Europe and America*. Boston: Little, Brown & Co. 1941. p. 536-563.

⁶⁹ Ver MASHAW, Jerry L. Judicial review of administrative action: Reflections on balancing political, managerial and legal accountability. *Direito GV Law Review*, [S.l.], p. 167-168, nov. 2005.

⁷⁰ Art. 24.a da Lei argentina n. 19.549/1972, art. 36.3 da Lei costarricense n. 8.508/2006, art. 138 ¶ 2 da Lei colombiana n. 1.403/2011, art. 129 da Lei hondurenha n. 152-87/1987 e art. 30 da Lei hondurenha n. 189-87/1988.

⁷¹ Ver PERLINGEIRO, Ricardo. A impugnação judicial de atos administrativos na defesa de interesses difuso, coletivo e individuais homogêneos. *Revista de Direito do Estado*, Rio de Janeiro, v. 7, p. 255-272, 2007.

A *dimensão coletiva* do controle das decisões inclui as repercussões e os efeitos indiretos na sociedade, de uma decisão administrativa inicialmente direcionada a pessoas determinadas. Tais decisões desafiam, na ótica do indivíduo prejudicado, a função pública de proteção de direitos, mediante jurisdição; mas, do ponto de vista dos terceiros indiretamente atingidos, não passam de um controle de decisões administrativas de efeito geral.

Tratando-se de uma decisão administrativa individual, é importante que se diga que o *controle* deve ser sempre contra órgãos públicos e nunca contra indivíduos, ainda que a decisão sob controle lhes favoreça.

Se, em decorrência de um *controle*, o órgão controlador indicar que a esfera de algum direito individual poderá ser atingida, compete à autoridade originária ou ao próprio órgão controlador propiciar ao interessado um devido processo (direito à jurisdição). Em tais situações, a decisão de controle será definitiva para a autoridade controlada, mas equivalente a uma decisão inicial perante o indivíduo prejudicado.⁷²

3.4 Controle concentrado para questões administrativas de efeito geral

Os sistemas jurídicos que adotam um controle concentrado de constitucionalidade de leis e um controle concentrado de legalidade de normas administrativas mais se afinam com a noção de que o controle de normas administrativas se sujeita a um procedimento diferenciado em relação à jurisdição.⁷³

Na verdade, há uma incompatibilidade procedimental em manter no mesmo processo e perante o mesmo órgão decisório dois meios de controle essencialmente distintos:⁷⁴ a proteção de direitos com sua dimensão individual via função jurisdicional e o controle de decisões com sua dimensão coletiva e natureza de função de implementação. Nesse contexto, há interessantes exemplos nos direitos panamenho, dominicano e nicaraguense.⁷⁵

Ademais, permitir que uma demanda individual baseada principalmente em uma questão de interesse geral (validade de lei e de norma administrativa) possa ser decidida apenas em favor do demandante individual, o que é da natureza de uma função jurisdicional, é fragmentar o direito administrativo em dois: um em relação aos demandantes e outro em relação aos não demandantes. Julgadores não devem se prestar a esse papel.

⁷² BRASIL. STF. Súmula Vinculante nº 3. Brasília, 30 de maio de 2007.

⁷³ GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús; CASSAGNE, Juan Carlos. *La justicia administrativa em Iberoamerica*. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2005. p. 55.

⁷⁴ Com fundamento diverso, mas na mesma direção, CASSAGNE, Juan Carlos. Perspectivas de la Justicia Contencioso-Administrativa en Argentina en el Siglo XXI. In: CHINER, María Jesús Montoro (ed.). *La Justicia Administrativa*. Barcelona: Atelier Libros, 2003. p. 124-125. Ver também art. 20 do Euro-American Model Code of Administrative Jurisdiction.

⁷⁵ Arts. 29-42 da Lei panamenha n. 135/1943 (procedimiento gubernativo), arts. 17.1-2 e 35-45 da Lei nicaraguense n. 350/2000 e art. 7.a-b da Lei dominicana n. 1.494/1947.

3.5 Tendências extraídas do controle de convencionalidade pelas autoridades

Uma nova luz sobre o tema foi trazida pela Corte I.D.H., que partiu da premissa de que, se as autoridades administrativas de implementação e de solução de conflitos não detiverem, de acordo com a legislação dos seus Estados, poder para exercerem controle de constitucionalidade, tampouco teriam para o exercício *pleno* do controle de convencionalidade, ou seja, não teriam como deixar de implementar uma lei nacional sob o fundamento de ela ser anti-convencional. Nessa hipótese, segundo a Corte I.D.H., as autoridades suscitarium um incidente acerca da convencionalidade perante o órgão competente para decidir sobre o controle de constitucionalidade:⁷⁶ “um meio-termo [*a solution halfway*] entre um controle difuso absoluto e um controle concentrado”.⁷⁷

Em países que adotam um regime de controle de constitucionalidade concentrado, como na Europa continental, tal providência passaria despercebida, pois a tese da Corte I.D.H. é bastante coerente com tal sistema.

Porém, na América Latina, nos países que adotam um regime de controle judicial difuso de constitucionalidade,⁷⁸ por influência do constitucionalismo estadunidense,⁷⁹ as autoridades administrativas de implementação e de solução de conflitos estão ababeladas em razão da ausência de competência para decidir sobre uma questão constitucional ou convencional que afronte a lei nacional, de modo que devem aguardar a decisão de um órgão judicial de controle constitucional.⁸⁰ No entanto, em geral, qualquer órgão judicial pode desde logo decidir qualquer questão constitucional ou convencional, o que estimula as demandas judiciais e abre a oportunidade para fragmentar mais ainda o direito administrativo.

Portanto, espera-se que o incidente de anti-convencionalidade a ser suscitado pelas autoridades sirva de referência para que se estabeleça no direito administrativo latino-americano um incidente de legalidade e de constitucionalidade (em relação às questões administrativas de efeito geral) na esfera administrativa e judicial.

⁷⁶ I/A Court H.R. *Case of Cabrera García and Montiel Flores v. Mexico*, Voto do Juiz Ad Hoc Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot, ¶ 37, 39. San José, 26 of November 2010. Um procedimento para a anti-convencionalidade pelas autoridades administrativas foi previsto no art. 2º (parágrafo único) do Código Modelo de Processos Administrativos (Judiciais e Extrajudiciais) para Ibero-América.

⁷⁷ RAMÍREZ, Sergio García. The Relationship between Inter-American Jurisdiction and states (National Systems): Some Pertinent Questions. *Notre Dame Journal of International & Comparative Law*, Indiana, v. 5, n. 1, p. 145, nota 139, 2015.

⁷⁸ Art. 116 da Constitución de La Nación Argentina; art. 103 da Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos; art. 86 da Constitución Política de Colombia; art. 266 da Constituição da Guatemala; art. 102.3.c da Constituição brasileira.

⁷⁹ BREWER-CARÍAS, op. cit., p. 9-10.

⁸⁰ MENDES, Gilmar Ferreira. Controle de constitucionalidade por órgãos não jurisdicionais: o caso do TCU e do CNJ. *Revista Conjur*, São Paulo, out. 2018.

4. Proteção de direitos perante autoridades administrativas e tribunais (via jurisdição)

4.1 Equilíbrio entre a solução de conflitos perante autoridades administrativas e perante tribunais

A *proteção de direitos* via jurisdição é uma atribuição típica, mas não exclusiva, dos tribunais. Entende-se o direito à jurisdição como um direito humano fundamental, com lastro no art. 8 da CADH (em sintonia com o art. 6 da Convenção Europeia dos Direitos do Homem [CEDH] e com o art. 14 do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos [PIDCP]), e, uma vez atendidas as condições estabelecidas por tais normas, a função exercida será considerada legítima, independentemente da esfera de poder estatal que a provir.

Contudo, admitir a alocação da jurisdição em qualquer uma das esferas de poder não significa autorizá-la simultaneamente em mais de uma esfera de poder. Isso implicaria uma duplicidade de recursos públicos para um mesmo fim e um enfraquecimento da segurança jurídica, com atraso na solução do conflito.

No caso de órgãos públicos empenhados na proteção de direitos individuais contra decisões administrativas de implementação, sua função de solver conflitos adquire grande credibilidade, conforme os julgadores administrativos provarem serem qualificados, independentes e imparciais.⁸¹ Não obstante o rótulo *solução de conflitos*, *jurisdição* ou *proteção de direitos* que se atribua a uma função pública, se ausentes os pilares de *expertise*, independência e imparcialidade, ela poderá ser caracterizada como uma *função de implementação* ou como uma *decisão quase judicial* e, em tais casos, precisará ser suprida posterior e proporcionalmente por outra esfera de poder. De certa forma, é o que se passa com a doutrina da deferência judicial, facilitada pela existência de órgãos quase independentes, como os LAJ nos EUA, que decidem sobre questões de fato nas agências administrativas, enquanto que os tribunais tendem a decidir somente sobre outros pontos da pretensão. Essa abordagem evita a redundância e a duplicidade de funções destinadas à solução de conflitos.

Em outras palavras, em um sistema jurídico em que os tribunais detêm a palavra final sobre a proteção de direitos individuais, quanto maior a deferência que elas nutrem pelas autoridades administrativas que decidem conflitos, maior o sinal de que tais autoridades exercem com efetividade suas funções assemelhadas à *jurisdição*. E vice-versa: quanto mais frágil for o devido processo garantido por essas autoridades, menor a deferência que os tribunais poderão a elas oferecer e mais intensa a *revisão judicial* sobre as decisões administrativas. O *quantum* de deferência judicial, portanto, age como um medidor de competência, independência e imparcialidade de um órgão público destinado à proteção de direitos mediante uma

⁸¹ GORDILLO, Agustín. *Tratado de derecho administrativo y obras selectas*. Tomo 1. Buenos Aires: FDA, 2013. p. X-14.

atuação de solver conflitos.⁸² Nesse contexto, a doutrina da *exaustão dos remédios administrativos*, i.e., o ato de condicionar o acesso a um tribunal (competente, independente e imparcial) à realização de um prévio processo na esfera administrativa, será justificável somente enquanto o indivíduo não correr o risco de ser privado das garantias de um devido processo na esfera administrativa.⁸³ Como no item IV.D deste ensaio se explica, na América Latina, tal risco é real.⁸⁴

4.2 A pretensão resistida como condição para a jurisdição

A jurisdição é uma atuação do poder público destinada à solução de um litígio. Por sua vez, o *litígio* passível de jurisdição pressupõe um conflito de interesses caracterizado por uma pretensão *resistida*. Portanto, haverá uma lide administrativa se uma autoridade, no exercício do seu poder administrativo, resistir a uma pretensão individual: é a partir da resistência que surge o direito à jurisdição. É possível enxergar três modalidades de resistência a um requerimento individual para justificar uma jurisdição: a resistência real, a resistência presumida e a resistência ficta.

Um exemplo de *resistência real* é o indeferimento de um requerimento individual, e um exemplo de *resistência presumida* é a omissão da autoridade em responder (em tempo razoável) a um requerimento individual.

É também exemplo de *resistência presumida* a que coloca pessoas ou entidades sob o jugo de um poder administrativo que culmine na privação de seus direitos individuais. Uma decisão administrativa que dá início a um processo de natureza sancionatória disciplinar, do qual possa resultar uma punição, pode ser equiparada a uma decisão inicial que coloca o interessado em uma situação desfavorável. Tais decisões são passíveis de impugnação, conferindo ao indivíduo o direito à jurisdição, e não correspondem a uma *resistência real* aos direitos do indivíduo, mas o colocam em uma posição desfavorável (a de acusado), fundada em uma presunção de culpa ilidível. Naturalmente, o acusado é autorizado desde logo a buscar uma jurisdição, de modo a perseguir um *status* mais *favorável* (o de não acusado em um processo disciplinar).

O principal exemplo de resistência ficta é parte do cotidiano latino-americano: a pretensão individual é rejeitada por uma autoridade que não detém margem de apreciação ou poder discricionário para decidir de maneira favorável ao requerente. Um paradoxo que se tenta explicar.

⁸² CANE, op. cit., p. 268.

⁸³ STRAUSS, 2016, op. cit., p. 444-446. PINTO, op. cit., p. 262.

⁸⁴ Regras sobre o esgotamento prévio da esfera administrativa: arts. 23.a of Argentina Law n. 15.549/1972, art. 70 da Lei boliviana n. 2.341/2002, art. 161.2 da Lei colombiana n. 1.437/2011, arts. 2.5 e 46 da Lei nicaraguense n. 350/2000. Esgotamento prévio da esfera administrativa como condição inconstitucional: COSTA RICA. Corte Suprema de Justicia de San José de Costa Rica. Exp 04-011636-0007-CO, Res. 03669-2006. San José, 30 de julio de 2006.

De um lado, as leis induzem os cidadãos a supor que as autoridades detêm competência para decidirem sobre um requerimento, indicando que existe uma única via administrativa para tentarem satisfazer o seu direito; de outro lado, embora isto não seja muito claro, as leis não atribuem competência àquelas mesmas autoridades para decidirem sobre alguns aspectos incidentais da pretensão individual, cuja apreciação se revela vital ao deferimento da pretensão.

Isso ocorre sempre que uma pretensão individual é baseada nos direitos fundamentais e a autoridade é incapaz de interpretar a lei para além de seu sentido literal, ou quando a pretensão individual tem base em uma lei incompatível com uma norma administrativa que vincula a autoridade. Em tais casos, escapam às autoridades poderes para deixar de implementar as regras e favorecer a pretensão individual. Na prática, a autoridade é induzida a preferir a norma administrativa em detrimento da lei e dos direitos fundamentais.

Nesse contexto, a autoridade administrativa *resiste* a uma pretensão individual, não porque dela discorda, mas porque visa a cumprir a lei ou a norma administrativa. Isso é um problema de alocação de poderes a esferas de tomada de decisão pública. Se uma pretensão individual é negada unicamente em razão de uma lei a que se vincula a autoridade (sem possibilidade de resistência real), é porque, na verdade, a resistência não é fruto de uma vontade da autoridade, mas sim da própria lei ou da norma administrativa.

Nesses casos, portanto, é a lei ou a norma administrativa que precisaria ser alvo de impugnação, e não a decisão administrativa.

4.3 A jurisdição como uma ficção jurídica

Decerto, a ficção jurídica aqui mencionada envolve casos típicos que deveriam ser de *controle de decisões administrativas* e não de *proteção de direitos via jurisdição*, criando uma atmosfera artificial de litígio, ao reunir perante julgadores, a um só tempo, a competência para decidir sobre direitos individuais e sobre questões de interesse geral. Indiretamente, cria-se um sistema de jurisdição fundado em uma cláusula geral de legitimação *universal*.⁸⁵ Se uma pretensão individual acerca de direito administrativo é extraída da interpretação ou invalidação de norma que, entretanto, ainda não foi assegurada abstratamente à sociedade, na verdade, trata-se de uma pretensão abstrata e de alcance geral travestida de pretensão individual, que, se atendida pelo julgador apenas em favor do demandante, além de implicar *privilégio* dele em face do restante da coletividade,⁸⁶ terá como resultado prático o surgimento de dois diferentes tipos de atuações administrativas: uma atuação administrativa *jurisdicionalizada*, ao sabor das opiniões dos juízes, e outra *não jurisdicionalizada*, moldada pela legislação que todavia continua em vigor.

⁸⁵ CANE, Peter. Open standing and the role of courts in a democratic society. *Singapore Law Review*, Singapore, v. 20, p. 49-50, 1999.

⁸⁶ GORDILLO, Agustín. *Derechos humanos*. Buenos Aires: Fund. de Derecho Administrativo, 2007. p. XIV-7, 8.

Por outro lado, uma decisão jurisdicional sobre direito administrativo com efeito *erga omnes* sobre um dos fundamentos de uma pretensão individual (constitucionalidade de lei ou legalidade de norma administrativa), como ocorre em alguns países,⁸⁷ poderia ferir inúmeros outros direitos (que não são imediatamente perceptíveis). Esses incluem direitos fundamentais em colisão que impõem escolhas difíceis: seria grande o risco de serem sacrificados pelos juízes sem uma adequada ponderação.

4.4 A proteção (in)efetiva de direitos na seara administrativa

A jurisdição prestada pelo Estado é um direito humano fundamental que depende, principalmente, da presença de julgadores competentes, independentes e imparciais. No entanto, na América Latina, a jurisdição é uma atividade predominantemente exercida por tribunais não especializadas em direito administrativo. Com raras exceções, não há na América Latina instituições administrativas jurisdicionais que satisfaçam os três critérios, i.e., que sejam competentes, independentes e imparciais.

A despeito de o sistema judiciário latino-americano ter traços do direito estadunidense, poucas leis conhecem estruturas como a dos LAJ estadunidenses e a dos tribunais administrativos canadenses e australianos que integram o Poder Executivo. Os poucos exemplos de órgãos quase judiciais latino-americanos, a par do tribunal marítimo brasileiro,⁸⁸ dizem respeito ao direito de acesso à informação oficial, respaldados pela Lei Modelo Interamericana sobre Acesso à Informação Pública. Tais órgãos quase judiciais, em matéria de direito à informação, podem ser encontrados no Chile, em El Salvador, em Honduras e no México.⁸⁹

Em geral, os processos latino-americanos em sede administrativa, apesar de terem o objetivo de solucionar conflitos e de propiciar aos interessados a oportunidade de manifestarem-se, não induzem jurisdição; eles são, na essência, funções administrativas de implementação, e se sujeitam a uma revisão judicial completa.

Não à toa, no direito espanhol e português (no italiano também), há uma distinção entre *processo* e *procedimento*: o termo *processo* designa a atividade de jurisdição conduzida por autoridades ou juízes independentes e imparciais; já *procedimento* se refere a uma atividade que apenas tem aparência de jurisdição, porque, na verdade, é conduzida por autoridades sem prerrogativas de independência.

⁸⁷ Arts. 130.3 e 185 da Lei costarriquense n. 8.508/2006, art. 189 da Lei colombiana n. 1.437/2011, art. 52.5.c da Lei mexicana de 2005, art. 95 da Lei nicaraguense n. 350/2000 e art. 6.1 da Lei peruana n. 27.444/2001.

⁸⁸ BRASIL. STF. Agravo de Instrumento 11.094, 2ª Turma, Rel. Min. Juiz Bento de Faria. Brasília, 28 de maio de 1934; STF. Agravo de Instrumento 62.811, 1ª Turma. Brasília, 20 de junho de 1973.

⁸⁹ PERLINGEIRO, Ricardo. Principals of the right of access to information in Latin America. In: BLANKE, Hermann-Josef; PERLINGEIRO, Ricardo (ed.). *The right of access to public information: an international comparative legal survey*. Berlin: Springer, 2018. p. 115.

Entretanto, na América Latina, procedimentos na esfera administrativa não garantem realmente um *processo justo*, que é uma providência exclusiva dos tribunais de competência comum, resultando em sérias consequências jurídicas que não foram, até o momento, claramente assimiladas pelo direito administrativo dos países latino-americanos.

Com base na Constituição e em leis, indivíduos reclamam o direito a um devido processo legal perante autoridades administrativas, em especial para defenderem-se dos poderes administrativos sancionatórios e regulamentares, os quais visam à restrição de direitos. Como as autoridades nacionais latino-americanas não são capazes de oferecer as garantias de um devido processo, como a audiência por um órgão *julgador* competente, independente e imparcial, previamente estabelecido pela lei,⁹⁰ o resultado prático é que as demandas transportam para os tribunais a decisão plena e definitiva sobre os referidos poderes administrativos; isto é, os poderes sancionatórios e regulamentares, quando resistidos pelos interessados, são inteiramente conduzidos pelos tribunais.

Um cenário semelhante ocorre com as pretensões que buscam algum benefício público, a partir de requerimentos. Se o pedido for negado por uma decisão inicial, as leis costumam prever um recurso de reconsideração perante o mesmo tomador de decisão, bem como um recurso perante um órgão hierarquicamente superior. Porém, na prática, os interessados buscam diretamente os tribunais, na medida em que, sabendo da ausência de julgadores independentes ou quase independentes na seara administrativa, tentam a sorte diretamente na única esfera de poder que pode oferecer uma jurisdição efetiva.

4.5 A proteção (ilusória) de direitos na seara judicial perante tribunais

Nos últimos anos, os tribunais latino-americanos vêm desempenhando um protagonismo desenfreado no direito administrativo, com papéis que transbordam a proteção de direitos e moldam, em face dos demandantes, um direito administrativo *diferenciado*. Tãmanha desenvoltura para o ativismo não é uma exclusividade do direito latino-americano, considerado em certas circunstâncias um problema geral, inclusive para os sistemas de justiça administrativa que primam por uma revisão judicial fechada. Refiro-me à imunidade dos juízes que os isenta das responsabilidades inerentes às autoridades no exercício dos seus poderes de implementação.⁹¹

Mas a peculiaridade latino-americana está na ausência de um processo efetivo jurisdicional, na fase administrativa, associada à existência de tribunais não especializados em direito administrativo, como única alternativa a uma função jurisdicional em matéria de direito

⁹⁰ Institui-se o órgão jurisdicional após o fato: art 151.1 da Lei brasileira n. 8112/1990. Ver também BRASIL. STF RMS 33666/DF, rel. orig. Min. Marco Aurélio, red. p/ o acórdão Min. Edson Fachin. Brasília, 31 de maio de 2016.

⁹¹ STRAUSS, 2016, op. cit., p. 455.

administrativo. Além disso, uma conjunção de fatores que agravam o quadro supracitado exige uma urgente reflexão no direito latino-americano:

1. A ausência de confiança dos julgadores em relação às autoridades de implementação, que tampouco despertam na sociedade maior credibilidade do que despertam nos tribunais, especialmente porque as autoridades administrativas latino-americanas e os servidores públicos carecem das prerrogativas necessárias para agir com independência.

2. Um regime de controle de constitucionalidade difuso perante tribunais, que conspira para um controle difuso da legalidade de normas administrativas e que atribui aos tribunais o poder de decisão sobre os aspectos individuais de uma pretensão e também, no mesmo processo, incidentalmente, o poder de decidir sobre os fundamentos de índole coletiva de tal pretensão.

3. Decisões judiciais sobre pretensões individuais que enfrentam, como fundamento, questões de natureza geral (leis e normas administrativas), ora produzindo efeitos *inter partes* e, por isso, criticadas por servirem de instrumento de ruptura do dever de isonomia da Administração Pública, ora produzindo efeitos *erga omnes* e, por isso, criticadas por carecerem de legitimidade democrática suficiente.

Nesse cenário, tribunais são instados pela sociedade a ter superpoderes, passando os seus membros a acreditar que realmente os detêm.⁹² Os tribunais são aplaudidos pela mídia por enfrentar questões extremamente controversas, do ponto de vista de um conflito individual, ao ponto de seus membros serem rotulados de corajosos dispensadores da justiça, que é negada pelas autoridades vilãs. Entretanto, tais tomadas de decisão são ilusórias, pois assim procedem os tribunais em detrimento do escrutínio das bases estruturais (de dimensão coletiva) e determinantes do conflito intersubjetivo, bases essas envoltas em políticas públicas, fixadas por leis e normas administrativas, que são só parcialmente consideradas. Em consequência, quando não inexequíveis as decisões judiciais, compromete-se um feixe de incontáveis direitos fundamentais, que se tornam despercebidos em tal jurisdição disfuncional.

5. Conclusões

Os papéis institucionais básicos de poder serão mais facilmente mantidos se os órgãos tomadores de decisão originários adquirirem aos olhos da sociedade a *expertise* administrativa necessária e a legitimidade democrática. Isso levaria a um sistema de justiça administrativa mais justo e equitativo. Em uma reeleitura acerca dos regimes de controle e distribuição de poderes, ajustada às realidades latino-americanas, especialmente à brasileira, concebe-se o exercício eficaz das funções decisórias de implementação, controle de legalidade de decisões

⁹² VIANNA, Luiz Werneck et al. *Quem somos: a magistratura que queremos*. Brasília: Associação dos Magistrados Brasileiros- AMB, 2019. p. 136-145.

administrativas e de proteção (jurisdicional) de direitos, independentemente de suas alocações nos tradicionais ramos de poder do Estado.

Por certo, não são necessariamente os tribunais e outros órgãos jurisdicionais os mais qualificados e dotados de legitimidade democrática para, sob o pretexto de proteger direitos, exercerem incidental e simultaneamente o poder de revisão (controle de legalidade) sobre as demais instituições do Estado. Não está em jogo a legitimidade de um tribunal em criar direitos ou atuar com ativismo; o cerne da questão é que um tribunal ou qualquer outro órgão jurisdicional não deveriam poder criar normas abstratas, com efeito *erga omnes*, sobre uma questão administrativa de alcance geral, a partir de um caso concreto, sem que detenham legitimidade e *expertise* adequadas. Também não devem elas serem utilizadas como um instrumento de ruptura do princípio da isonomia no direito administrativo, na prática instituindo normas cujo efeito é especificamente limitado aos demandantes.

Ao longo da história, estruturas de poder foram instituídas com base na aptidão para certas funções:

1. As funções de implementar a lei e a de controlar a implementação de leis devem ser exercidas por órgãos dotados de *expertise* (sobretudo quanto a decisões individuais) e de legitimidade democrática (sobretudo quanto a decisões de efeito geral).

2. A função de proteger direitos requer *expertise*, independência e imparcialidade dos julgadores em relação aos tomadores da decisão impugnada.

É a partir de tais aptidões que se distribuem os papéis institucionais nas diversas esferas de poder e afasta-se o risco de lacunas ou redundâncias no exercício de tais papéis.

Essa equação não deve ser adulterada, sob pena de distorção do sistema jurídico.

Ademais, há uma real distinção entre os procedimentos de proteção de direitos e os de controle de decisões: as bases processuais correspondentes precisam ter relação com o caráter substancial do direito a ser protegido e da decisão a ser controlada. Na verdade, julgadores orientam-se pela cláusula do devido processo legal e visam à reparação de direito molestado por uma decisão administrativa individual. Porém, controladores se valem de um procedimento semelhante ao que leva à criação da decisão controlada e que, assim, não se sujeita necessariamente a um devido processo, o que aqui seria considerado uma ficção jurídica, na medida em que o controle de decisão administrativa não passa de uma decisão de implementação de nível superior.

A propósito, enquanto a proteção de direitos é voltada para a satisfação do interesse individual, com efeito *inter partes*, o controle de decisões administrativas é voltado para salvar o interesse público, com efeito *erga omnes*. Não se deve tentar alterar a natureza das coisas.

Desse modo, o poder de interpretar a lei pelos *juízes* em direito administrativo encontra limite nas barreiras individuais do conflito a ser solucionado. Se, da interpretação da lei

pelo juiz, terceiros puderem ser beneficiados ou prejudicados, é porque o julgador pode estar invadindo a competência de outros tomadores de decisão, sendo certo que a questão deve ser alvo de um controle abstrato, e não de uma jurisdição. A interpretação do juiz que esvazia o conteúdo de uma lei ou norma administrativa e que supre a omissão de uma lei ou norma é uma ação que equivale à anulação ou à criação de uma norma, merecendo, portanto, ser da competência de um órgão com a natureza apropriada e não de um julgador. Nesse contexto, o ideal seria concentrar a competência em um único órgão dotado das aptidões necessárias para decidir sobre questões administrativas de interesse geral. Um procedimento de competência difusa para o controle da legalidade administrativa em geral pressupõe a possibilidade uma pluralidade de órgãos decidindo simultânea e contraditoriamente sobre o mesmo assunto. Por isso, um procedimento de competência difusa deveria ser próprio para as medidas de proteção jurisdicional de direitos individuais.

Em consequência, coloca-se em xeque, na América Latina, o controle difuso de constitucionalidade de leis perante tribunais, de origem estadunidense, que indiretamente é um incentivo ao controle difuso, com efeito concreto, de normas administrativas perante quaisquer órgãos judiciais. A ideia de separação entre a proteção de direitos e o controle de decisões administrativas encontra paralelo no regime de constitucionalidade concentrado, como configurado atualmente na Europa continental.

Por fim, apesar de evidente, mas talvez pouco lembrado e refletido, vale registrar que, quanto mais os cidadãos sentirem que as autoridades executivas (de implementação de leis) estão respeitando os direitos fundamentais e as garantias constitucionais, menos eles irão procurar os órgãos julgadores, controladores e revisores de decisões iniciais. Como é melhor evitar os conflitos com medidas prospectivas do que remediá-los com medidas retrospectivas, é pertinente que os tomadores de decisão de implementação sejam dotados de prerrogativas semelhantes às que detêm as autoridades julgadoras controladoras.

O aspecto negativo no futuro do direito administrativo latino-americano é a ausência de sinais indicativos de que os tribunais, especialmente *em demandas individuais*, deixarão de ser competentes para decidir sobre pretensões de índole estrutural das autoridades escrutinadas. Portanto, ainda há um risco de disfunção dos papéis institucionais básicos. Entretanto, o lado positivo é que, sob a jurisprudência da Corte I.D.H., o direito administrativo latino-americano tende a transferir para as autoridades administrativas parcela do poder de solver conflitos e tende a conferir às autoridades de implementação garantias para tomadas de decisão com maior respeito aos direitos fundamentais. Isso deve reduzir o papel representado pelos tribunais ordinários e prevenir conflitos perante órgãos decisórios de causas administrativas.

Igualmente, consoante a jurisprudência da Corte I.D.H., autoridades administrativas com funções de implementação e de solver conflitos não detêm competência para um controle de convencionalidade pleno, devendo este ser exercido de modo concentrado perante

órgãos judiciais nacionais competentes para o controle de constitucionalidade. Tal visão pode ser uma orientação na América Latina, levando a um futuro controle concentrado de normas e de decisões administrativas de efeito geral, inclusive as relacionadas a demandas individuais, mediante a instauração de um incidente de legalidade ou de constitucionalidade de normas. Dessa forma, resultaria em uma separação formal entre a proteção jurisdicional de direitos e o controle de decisões administrativas.

Em síntese, um modelo de justiça administrativa para América Latina que anseie por um direito administrativo equitativo e justo deve: (a) basear-se no controle de decisões administrativas, inspirado no controle concentrado de normas europeu, (b) estar associado a um sistema jurisdicional de proteção de direitos descentralizado, independentemente do ramo de poder em que estiver alocado, tipicamente estadunidense, e (c) também estar associado a um sistema de decisões administrativas de implementação que se sujeita, o quanto possível, à primazia dos direitos fundamentais, como consta da ordem jurídica internacional de direitos humanos.

Referências

- AMUNÁTEGUI RIVERA, JD. *Resumen de derecho administrativo aplicado a la legislación de Chile*. Santiago: La Razón, 1900.
- ARAGÃO, Alexandre Santos. *Curso de direito administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 2013.
- ASIMOW, Michael. Five Models of Administrative Adjudication. *The American Journal of Comparative Law*, Michigan, v. 63, n. 1, p. 3-32, 2015.
- BARBOSA, Rui. *Habeas Corpus*. Bahia: Typographia do Diario da Bahia, 1892.
- BLANKE, Hermann-Josef; PERLINGEIRO, Ricardo (eds). *The right of access to public information: An international comparative legal survey*. Berlin: Springer, 2018.
- BREWER CARÍAS, Allan R.. *Estado de Derecho y control judicial*. Madrid: Instituto Nacional de Administración Pública, 1987.
- BUENO, J.A Pimenta. *Direito Público Brasileiro*. Rio de Janeiro: Typographia imp. e const. de J. Villeneuve E.C., 1857.
- CANE, Peter. *Administrative Law* (5th ed.). Oxford: Oxford University Press, 2011.
- _____. *Controlling administrative power: An historical comparison*. Cambridge: Cambridge University Press, 2016.
- _____. Open standing and the role of courts in a democratic society. *Singapore Law Review*, Singapore, v. 20, p. 23-50, 1999.
- CASSAGNE, Juan Carlos. Perspectivas de la justicia contencioso-administrativa en Argentina en el siglo XXI. In: CHINER, Maria Jesús Montoro (ed.). *La Justicia Administrativa*. Barcelona: Atelier Libros, 2003. p. 117-134.
- CASTILLO VELASCO, José Maria. *Ensayo sobre el derecho administrativo mexicano*, v. 1. México: Taller de imprenta de la escuela de artes y oficios, 1874.
- _____. *Ensayo sobre el derecho administrativo mexicano*, 2 México: Castilho Velasco e Hijos, 1875.
- CAVALCANTI, Themistocles Brandão. *Instituições de direito administrativo brasileiro*, 2. Rio de Janeiro: Livraria Editora Freitas Bastos, 1936.
- CHAYES, Abram. The role of the judge in public law litigation. *Harvard Law Review*, Cambridge, v. 89, n. 7, p. 1281-1316, 1976.
- FÁBRICA, Luís. A acção popular no projecto do código de processo nos tribunais administrativos. In: SILVA, Vasco Pereira da; et al. *Reforma do Contencioso Administrativo*, v. 1, Coimbra: Editora Coimbra, 2003. p. 204-241.
- FAGUNDES, Seabra M.. Da ação popular. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, v. 6, p. 1-19, 1946.

FORSTHOFF, Ernst. *Tratado de derecho administrativo*. Madri: Instituto de Estudios Políticos, 1958.

FRIEDRICH, Carl J. *Constitutional government and democracy: Theory and practice in Europe and America*. Boston: Little, Brown & Co. 1941.

GONZÁLEZ PÉREZ, Jesus & Cassagne, Juan Carlos. *La Justicia Administrativa em Iberoamerica*. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2005.

GORDILLO, Agustín. *Derechos humanos*. Buenos Aires: Fund. de Derecho Administrativo, 2007.

_____. Los tribunales administrativos como alternativa a la organización administrativa. *RAP*, Buenos Aires, p. 955-962, 2005.

_____. *Tratado de derecho administrativo y obras selectas*. Tomo 1. Buenos Aires: F. D.A., 2013.

JAMES, Hermann Gerlach, *Principles of Prussian administration*. New York: Macmillan Company, 1913.

JÈZE, Gaston. *Los Principios generales del derecho administrativo*. Madrid: Reus, 1982.

KRELL, Andreas J. Discricionariade administrativa, conceitos jurídicos indeterminados e controle judicial. *Revista de Magistratura Federal da 5ª Região*, Recife, v. 8, p. 177-224, 2004.

LARES, Teodosio. *Lecciones de Derecho Administrativo*. México: Imprenta de Ignacio Cumplido, 1852.

MASHAW, Jerry L. Judicial review of administrative action: Reflections on balancing political, managerial and legal accountability. *Direito GV Law Review*, [S.l.] p. 153-170, nov. 2005.

MAYER, Otto. *Derecho administrativo alemán*. v. 1. Buenos Aires: Depalma, 1982.

MEDAUAR, Odete. Ato de governo. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 191, p. 67-85, jan./mar. 1993.

MENDES, Gilmar Ferreira. Controle de constitucionalidade por órgãos não jurisdicionais: o caso do TCU e do CNJ. *Revista Conjur*, São Paulo, out. 2018.

MERRILL, Thomas W. Jerry L. Mashaw: The due process revolution, and the limits of judicial power. In: PARRILLO, Nicholas R. (ed.). *Administrative law from the inside out*. Cambridge: Cambridge University Press, 2017. p. 39-62.

NAVARRO MEDAL, Karlos; MORENO MOLINA, José A. (coord). *Derecho Administrativo*. Nicaragua: INEJ, 2018.

NUNES, Castro. *Do Poder Judiciário*. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1943.

ORGANIZACIÓN DE LOS ESTADOS AMERICANOS (OEA) AG/RES. 2607 (XL-0/10). *Ley modelo interamericana sobre acceso a la información publica*, 2010.

PERLINGEIRO, Ricardo. A execução forçada de pretensões pecuniárias e a coerção

administrativa de fazer, suportar ou omitir-se. *Revista de Direito Administrativo Contemporâneo*, São Paulo, v. 3, n. 21, p. 133-141, nov./dez. 2015.

_____. Uma perspectiva histórica da jurisdição administrativa na América Latina: tradição europeia-continental versus influência norte-americana. *Revista de Investigações Constitucionais*, Curitiba, v. 2, n. 1, p. 89-136, jan./abr. 2015.

_____. A impugnação judicial de atos administrativos na defesa de interesses difuso, coletivo e individuais homogêneos. *Revista de Direito do Estado*, Rio de Janeiro, v. 7, p. 255-272, 2007.

_____. Principals of the right of access to information in Latin America. In: BLANKE, Hermann-Josef; PERLINGEIRO, Ricardo (ed.). *The right of access to public information: An international comparative legal survey*. Berlin: Springer, 2018. p. 71-130.

PERLINGEIRO, Ricardo; SOMMERMAN, Karl-Peter (coords). *Código de jurisdição administrativa: o modelo alemão*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

_____; _____. *Euro-American model code of administrative jurisdiction*. Niterói: Editora da UFF, 2014.

PINTO, Bilac. Separação de poderes. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 6, p. 243-275, 1946.

RAMÍREZ, Sérgio García. The Relationship between Inter-American Jurisdiction and States (National Systems): Some Pertinent Questions. *Notre Dame Journal of International & Comparative Law*, Indiana, v. 5, n. 1, p. 115-151, 2015.

RIBAS, Antônio Joaquim. *Direito administrativo brasileiro*. Rio de Janeiro: F.L. Pinto & C., Livreiros-Editores, 1866.

RIVERO, Jean. *Curso de direito administrativo comparado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

RUIZ, Jorge Fernandez. Presentación. In: MAURER, Harmut. *Derecho administrativo alemán*. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2012. p. XXXVIII-XL.

SCHWARTZ, Bernard. *French administrative law and the common-law world*. New York: New York University Press, 1954.

STRAUSS, Peter L. *An introduction to administrative justice in United States*. North Carolina: Carolina Academic Press, 2016.

_____. The place of agencies in government: Separation of powers and the fourth branch. *Columbia Law Review*, New York, v. 84, n. 3, p. 573-669, April 1984.

TÁCITO, Caio. Presença norte-americana no direito administrativo brasileiro. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 129, p. 21-33, jul./set. 1977.

URUGUAY, Visconde. *Ensaio sobre o direito administrativo*. 1.ed. Rio de Janeiro: Typographia Nacional, 1862.

VIANNA, Luiz Werneck; Carvalho, Maria Alice Rezende de; Burgos, Marcelo Bau-

mann. Quem somos: a magistratura que queremos. Brasília: Associação dos Magistrados Brasileiros - AMB, 2019.

ZILLER, Jacques. *Administrations comparées: les systèmes politico-administratifs de l'Europe des Douze*. Paris: Montchrestien, 1993.

Decisões Judiciais

ARGENTINA. Suprema Corte de la Nación Argentina. *Caso Biosystems SA v. Ministerio de la Salud / Hospital Posadas*. Buenos Aires, 22 de novembro de 2012.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo de Instrumento 800.892 Agr./BA. Brasília, 12 março de 2013.

_____. _____. RMS 22.789, Primeira Turma. Brasília, 4 de maio de 1999.

_____. _____. RE 631.240. Brasília, 15 de dezembro de 2016.

_____. _____. RMS 33.666/DF, rel. orig. Min. Marco Aurélio, red. p/ o acórdão Min. Edson Fachin. Brasília, 31 de maio de 2016.

_____. _____. Agravo de Instrumento 11.094, Segunda Turma. Brasília, 28 de maio de 1934.

_____. _____. Súmula Vinculante nº 3 (precedente obrigatório). Brasília, 30 de maio de 2007.

_____. _____. Agravo de Instrumento 62.811, Primeira Turma. Brasília, 20 de junho de 1973.

COSTA RICA. Corte Suprema de Justicia de San José de Costa Rica. Exp: 04-011636-0007-CO, Res. 03669-2006. San José, 15 de março de 2006.

_____. _____. Exp Exp. 04-005845-007-CO, Res. No. 6866-2005. San José, 1 de junho de 2005, para VIII, A.

ESTADOS UNIDOS. Suprema Corte. *Caso Goldberg v. Kelly*, 397 US 254. Washington, 23 de março de 1970.

INTER-AMERICAN COURT OF HUMAN RIGHTS. *Case of Barbani Duarte y otros v. Uruguay*. San José, 13 de outubro 2011.

_____. *Case of Claude Reyes y otros v. Chile*. San José, 19 de setembro de 2006.

_____. *Case of Expelled Dominicans and Haitians v. Dominican Republic*. San José, 28 de agosto de 2014.

_____. *Case of Gelman v. Uruguay, Monitoring compliance with judgment*. San José, 20 de março de 2013.

_____. *Case of Palamara Iribarne v. Chile*. Serie C No. 135. San José, 22 de novembro 2005.

_____. *Case of Santo Domingo Massacre v. Colombia*. San José, 30 de novembro de 2012.

_____. *Case of Cabrera García and Montiel Flores v. Mexico*, Concurring Opinion of Ad Hoc Judge Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot. San José, 26 de novembro de 2010.

Legislação

ARGENTINA. Constitución de La Nación Argentina de 1853.

_____. Decreto nº 1.669, de 9 de agosto de 1993. Reforma del Estado.

_____. Ley nº 15.549/1972. Ley de Procedimiento Administrativo.

_____. Ley nº 19.549, de 3 de abril de 1972. Ley de Procedimiento Administrativo.

_____. Ley nº 22.140, de 25 de janeiro de 1980. Función Publica.

BOLÍVIA. Ley nº 2.341, de 23 de abril de 2002. Ley de Procedimiento Administrativo.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

_____. Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990. Lei que dispõe sobre o regime jurídico dos servidores públicos civis da União, das autarquias e das fundações públicas federais.

_____. Lei nº 8.429, de 02 de junho de 1992. Lei que dispõe sobre as sanções aplicáveis aos agentes públicos nos casos de enriquecimento ilícito no exercício de mandato, cargo, emprego ou função na administração pública direta, indireta ou fundacional e dá outras providências.

_____. Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999. Lei que regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal.

CHILE. Decreto nº 1/19.653, de 13 de dezembro de 2000. Fija texto refundido, coordinado y sistematizado de la ley nº 18.575, orgánica constitucional de bases generales de la administración del Estado.

_____. Ley nº 18.834, de 15 de setembro de 1989 (atualizada pelo Decreto com força de Lei 29/2004). Aprueba estatuto administrativo.

COLÔMBIA. Constitución Política de Colombia.

_____. Ley nº 1.437, de 18 de janeiro de 2011. Código de procedimiento administrativo y de lo contencioso administrativo.

_____. Ley nº 27, de 23 de diciembre de 1992.

_____. Ley nº 909, de 23 de setembro de 2004. Ley de empleo público, carrera administrativa y gerencia pública.

COSTA RICA. Ley nº 6.227, de 2 de maio de 1978. Ley general de la administración pública.

_____. Ley nº 8.508, de 28 de abril de 2006. Código procesal contencioso-administrativo.

EQUADOR. Decreto Ejecutivo nº 2.428, de 18 de março de 2002. Estatuto del régimen jurídico administrativo de la función ejecutiva.

_____. Ley nº 35, de 18 de março de 1968. Ley de la jurisdicción contencioso administrativa.

GUATEMALA. Constituição da Guatemala.

_____. Decreto nº 119/96, de 21 de novembro de 1996. Ley de lo contencioso administrativo.

HONDURAS. Decreto nº 152-87, de 1 de dezembro de 1987. Ley de procedimiento administrativo.

_____. Decreto nº 189-87, de 1 de julho de 1988. Ley de la jurisdicción de lo contencioso administrativo.

MÉXICO. Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos de 1917.

_____. Ley de 4 de agosto de 1994. Ley federal de procedimiento administrativo.

_____. Ley Federal de 1 de dezembro de 2005. Ley federal de procedimiento contencioso administrativo.

NICARÁGUA. Ley nº 350, de 18 de maio de 2000. Ley de regulación de la jurisdicción de lo contencioso-administrativo.

PANAMÁ. Ley nº 135, de 30 de abril de 1943. Sobre la jurisdicción contencioso-administrativa.

_____. Ley nº 38, de 31 de julho de 2000. Aprueba el estatuto orgánico de la procuraduría de la administración, regula el procedimiento administrativo general y dicta disposiciones especiales.

PERU. Ley nº 27.444, 11 de abril de 2001. Ley del procedimiento administrativo general.

REPUBLICA DOMINICANA. Ley nº 1.494, de 9 de agosto de 1947. Ley de la jurisdicción contencioso-administrativa.

_____. Ley nº 107-13, de 6 de agosto de 2013. Ley de procedimiento administrativo.

_____. Ley nº 13, de 5 de fevereiro de 2007.

Capítulo 3

O Princípio do Acesso à Justiça no Âmbito da Justiça Administrativa: a Justiça como Valor

Flávia Martins Affonso

Resumo

O direito de acesso à justiça, essa entendida como valor e não se confundindo com o Poder Judiciário, é fundamentalmente o direito de acesso à ordem jurídica justa. O Judiciário vem se mostrando, na complexidade da sociedade atual, como insuficiente para a solução das inúmeras demandas sociais, notadamente de falha na prestação dos serviços públicos. O princípio do acesso à justiça tem o poder de tornar real e democrática a previsão dos direitos. A Justiça Administrativa transborda os limites do Poder Judiciário, e envolve as instâncias administrativas de decisão e mecanismos de diálogos. Daí propõe ao artigo a leitura de um “acesso à justiça administrativa”, que deve ser visto de uma forma mais ampla, não podendo significar apenas o acesso ao Poder Judiciário, mas igualmente às instituições e agências administrativas. Ao afirmar a justiça como valor e assumir a necessidade da existência de mecanismos de diálogo entre a Administração e o Administrado, o trabalho tem por objetivo sustentar que o princípio do acesso à justiça deve ser transportado para os procedimentos administrativos e as instâncias administrativas de decisão. Como metodologia, restou usado o método hermenêutico. Nesse sentido, por entender a necessidade na sociedade atual de abertura de diálogo direto entre os participantes, é que se defende que a existência do princípio de acesso à justiça não se prende aos limites do Poder Judiciário.

Palavras-chave

Justiça como valor, acesso à justiça, justiça administrativa, cidadão emancipado.

Sumário

1. Introdução
2. Marco teórico
3. Da Justiça administrativa e a releitura da administração sob o enfoque de respeito aos direitos subjetivos
4. Do princípio de acesso à justiça administrativa
5. Conclusões

1. Introdução

A acessibilidade à Justiça Administrativa não se prende aos limites de acessibilidade ao Judiciário. O direito de acesso à justiça,¹ essa entendida como valor e não se confundindo com o Poder Judiciário, é fundamentalmente o direito de acesso à ordem jurídica justa.²

Uma Justiça Administrativa com cidadãos emancipados é aquela que permite que os mesmos reclamem de forma rápida os seus direitos, e também produza resultado célere. É também especializada, e permite maior controle da coletividade.

Nos dias atuais, nos deparamos com a insuficiência do Judiciário em responder à complexidade de demandas de forma célere, notadamente as sociais. O princípio do acesso à justiça administrativa prevê a necessidade de inúmeras alterações substanciais no sentido de permitir o real acesso do administrado às instâncias de decisão, inclusive administrativas.

O princípio da adequabilidade impõe a abertura de canal de comunicação entre a Administração Pública e o administrado, notadamente no que concerne à apresentação de reclamação pela falha de serviço.

O artigo propõe a leitura de um “acesso à justiça administrativa”, que deve ser visto de uma forma mais ampla, não podendo significar apenas o acesso ao poder Judiciário, mas igualmente às instituições e agências administrativas. Nesse sentido, não pode a Justiça Administrativa ser considerada monopólio do Judiciário, sob pena de grande prejuízo ao administrado, que tem por objetivo a resolução célere e eficiente de seu problema.

Chamamos de Justiça Administrativa o sistema de análise da relação entre os indivíduos e o Estado, em uma abordagem mais holística de reparação do cidadão, em que a revisão judicial é um mecanismo entre muitos outros que incluem tribunais administrativos, ombudsman, ouvidorias, agências administrativas, órgãos reguladores e outros mecanismos de resoluções alternativas de litígios, como a mediação e arbitragem.³

¹ Historicamente, a problematização das questões relacionadas ao acesso à justiça originaram-se em um projeto de 1971, na cidade de Florença, Itália, com a Conferência Internacional relativa às garantias fundamentais das partes no processo civil. Esse movimento foi então difundido internacionalmente por Mauro Cappelletti, ganhando substância crítica a partir do método comparativo. Cappelletti, em um de seus primeiros textos sobre a matéria, elenca como principais barreiras ao efetivo acesso à justiça, os honorários advocatícios, as custas e as despesas judiciais, as pequenas causas e a longa duração do processo (CAPPELLETTI, Mauro. *Fundamental guarantees of the parties in civil litigation: comparative constitutional, international and social trends*. *Stanford Law Review*, California, v. 25, n. 5, p. 683, May 1973.). No decorrer daquela década o estudo teve continuidade, tratando dos temas da assistência judiciária aos hipossuficientes, da proteção dos interesses difusos e, por fim, da necessidade de implementação de novas soluções processuais. Sobre a matéria, MENDES, Aluísio Gonçalves de; DINAMARCO, Cândido Rangel; PINHO, Humberto Dalla Bernardina; Fux, Luiz (Org.) *Estudos de Direito Processual em homenagem a Paulo Cezar Pinheiro Carneiro*. 1ª ed. Rio de Janeiro: LMJ Mundo Jurídico, 2019. p. 38.

² No sentido de entender que o direito de acesso à justiça não está restrito ao mero acesso aos órgãos judiciais e ao aparelho judiciário estatal, mas deve representar um efetivo acesso à ordem jurídica justa, WATANABE, Kazuo. *Acesso à justiça e sociedade moderna*. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel; WATANABE, Kazuo (Coords.). *Participação e processo*. São Paulo: RT, 1988. p. 128.

³ ANTHONY, Gordon. *Administrative Justice in United Kingdom*. *Italian Journal of Public Law*, [S.l.], v. 7, n. 1, p. 9-33, p. 9, 2015.

Ultrapassando a Justiça Administrativa a fronteira do Judiciário, e levando para a esfera pública a solução igualmente de litígios, são importados do processo administrativo judicial para o procedimento administrativo na Administração Pública princípios como o devido processo legal, a ampla defesa, a decisão justa, a independência da autoridade julgadora, o princípio de acesso à justiça, agora, acesso à justiça administrativa. Esses se somam aos princípios já associados aos estudos de governança, tais como transparência, responsabilidade, participação, eficiência, igualdade e outros.

É lição de Mauro Cappelletti a de que o movimento do “acesso à justiça” não se trata de um movimento limitado à justiça em seu sentido judicial, mas abarcaria, pelo contrário, áreas muito mais vastas, como o acesso à educação, ao trabalho, ao descanso, à saúde, etc. O aspecto judicial estaria entre aqueles que mais claramente e com vivacidade chamaram a atenção dos estudiosos e reformadores em um número cada vez maior de países.⁴

Por sua vez, Kazuo Watanabe, no seu estudo a respeito do acesso à justiça,⁵ já sustentava que ela não poderia ser estudada nos acanhados limites dos órgãos jurisdicionais, ainda mais se levando em conta o sistema de jurisdição uma adotado no Brasil, que não consegue dar perfeita solução à quantidade de conflitos diferenciados surgidos na complexa sociedade pós-moderna. Caberia ao Estado organizar todos os meios alternativos de solução de conflitos, ao lado dos mecanismos tradicionais e formais em funcionamento, sendo que tais serviços, que poderiam ser informais, não precisariam estar organizados dentro do Poder Judiciário.

O objeto do artigo vem ser cuidar dos limites do princípio do acesso à justiça no âmbito da Justiça Administrativa, e sua importação para o diálogo do cidadão com as instâncias administrativas de decisão. Terá por objetivo demonstrar que a resolução dos problemas no âmbito da Administração alcança mais o conceito de efetividade da Justiça, em razão da maior celeridade, menor custo e do próprio aprimoramento da Administração, que deve procurar a correção a partir da primeira decisão.

Como hipóteses de pesquisa, temos (1) a negociação direta entre as partes como forma de solução de litígios é uma exigência da sociedade complexa atual; (2) a acessibilidade à Justiça Administrativa não se prende aos limites de acessibilidade ao Judiciário; (3) o direito de acesso à justiça é o direito de acesso à ordem jurídica justa; (4) o cidadão emancipado é requisito de existência do Estado Democrático de Direito; (5) o princípio da adequabilidade impõe a abertura de canal de comunicação entre a Administração Pública e o administrado, notadamente no que concerne à apresentação de reclamação pela falha de serviço.

Como metodologia, será utilizado o método hermenêutico, tomando por base o contexto da Justiça Administrativa para fundamentar o princípio do acesso à justiça. A herme-

⁴ CAPELLETTI, Mauro. *Processo, ideologias e sociedade*. Tradução. Elício de Cresci Sobrinho. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2008. p. 386.

⁵ WATANABE, op. cit., p. 132-133.

nêutica deve partir do fato de que compreender é estar em relação com a “coisa” mesma e com a tradição de onde a “coisa” possa falar.⁶ Nesse sentido, estudaremos o conceito do acesso à justiça, no seu enfoque tradicional, e qual leitura deve ganhar quando sua análise tem por contexto a Justiça Administrativa, para a partir daí chegarmos ao que entendemos como sua abrangência atual.

O método hermenêutico possibilita entender os significados do objeto que se estuda a partir de uma tripla perspectiva: a) o fenômeno em si mesmo; b) a sua ligação sistêmico-estrutural com uma maior totalidade; c) sua interconexão com o contexto histórico-social em que se desenvolve.⁷

A estrutura do trabalho será dividida da seguinte forma: na primeira parte, estabeleceremos o marco teórico do princípio de acesso à justiça; na segunda parte, abordaremos sobre a Justiça Administrativa; na terceira, especificamente sobre o princípio de acesso à Justiça Administrativa; na quarta e última parte, por fim, apresentaremos as conclusões.

2. Marco teórico

O direito de acesso à justiça, essa entendida como valor e não se confundindo com o Poder Judiciário, é fundamentalmente o direito de acesso à ordem jurídica justa⁸. São requisitos para esse direito: (1) direito à informação e perfeito conhecimento do direito substancial; (2) direito de acesso à justiça adequadamente organizada e formada por juízes conhecedores da realidade social; (3) direito à preordenação dos instrumentos processuais capazes de promover a efetiva tutela dos direitos; (4) direito à remoção de todos os obstáculos que se antepõem ao acesso efetivo à Justiça com tais características.⁹

Tradicionalmente, porém, o seu estudo sempre esteve atrelado ao Poder Judiciário. É o que podemos verificar em José Afonso da Silva, “Acesso à Justiça e Cidadania”, quando inicia o seu artigo ao falar que o acesso à justiça é uma expressão que significa o direito de buscar proteção judiciária, o que vale dizer: direito de recorrer ao Poder Judiciário em busca da solução de um conflito de interesse. Também explica que, nessa acepção, a expressão acesso à

⁶ DUARTE, Evandro Santos; FARIAS, Vanderlei Gularte; OLIVEIRA, Neiva Afonso. O método hermenêutico e a pesquisa na área das ciências humanas. In: XXII JORNADA DE PESQUISA, 2017, Ijuí. *Salão de conhecimento*. Ijuí, RS: Unijuí, 2017.

⁷ ARMENGOL, Carlos Manuel Villabella. Los métodos em la investigación jurídica. Algunas precisiones. In: GODINEZ, W.; GARCÍA, J.H. (Coord.). *Metodologías: enseñanza e investigación jurídicas*. México: Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2015. p. 944.

⁸ No sentido de entender que o direito de acesso à justiça não está restrito ao mero acesso aos órgãos judiciais e ao aparelho judiciário estatal, mas deve representar um efetivo acesso à ordem jurídica justa, WATANABE, Kazuo. Acesso à justiça e sociedade moderna. In: DINAMARCO, Cândido Rangel; GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (Coords.). *Participação e processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988. p. 128.

⁹ Ibidem, p. 135.

Justiça tem um sentido institucional, sendo essa a significação que se encontra presente no inc. XXXV do art. 5º da Constituição, quando diz que “a lei não poderá excluir da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.¹⁰

Ainda que logo a frente venha afirmar que se o acesso à Justiça se resumisse apenas a essa acepção institucional, seu significado seria de enorme pobreza valorativa, pois quem recorre ao Poder Judiciário confia que ele é uma instituição que tem por objetivo ministrar Justiça como valor, uma instituição que, numa concepção moderna, não poderia satisfazer-se com a pura solução das lides, de um ponto de vista puramente processual,¹¹ verifica-se que continua a atrelar o princípio do acesso à Justiça aos limites do Judiciário, mas com a preocupação de se realizar a justiça concreta.

O princípio do acesso à justiça tem o poder de tornar real e democrática a previsão dos direitos. Nos termos do pensamento de Mauro Cappelletti,¹² o acesso à justiça como programa de reforma e método de pensamento foi uma das principais mudanças da Pós-Modernidade, pois a participação de todos de forma igualitária junto às instâncias públicas é uma exigência paradigmática da nova sociedade construída.

Como afirma Cappelletti, a igualdade não deve ser vista como somente formal, senão real e efetiva igualdade de possibilidades, de desenvolvimento da pessoa e igual dignidade do homem.¹³ O problema do acesso se apresentaria sob dois aspectos principais: (1) como efetividade dos direitos sociais que não têm de ficar no plano das declarações meramente teóricas, senão devem efetivamente influir na situação econômica-social dos membros da sociedade, o que exige um vasto aparato governamental de realização; (2) por outro lado, como busca de formas e métodos, a miúdo, novos e alternativos, perante os tradicionais, pela racionalização e controle do aparato e, por conseguinte, a proteção contra os abusos aos quais o mesmo aparato pode ocasionar, direta ou indiretamente.¹⁴

Os óbices que impediriam o acesso à justiça seriam de várias ordens. Por uma primeira, teríamos a questão econômica, nela compreendida os custos, o tempo despendido durante o procedimento, os honorários contratuais e as taxas judiciárias. A demora na prestação jurisdicional oneraria economicamente o processo, seja por pressionar as partes hipossuficientes a abandonar as suas pretensões ou por forçá-las a acabar aceitar o acordo em patamar muito inferior ao dano experimentado. Um segundo óbice seria a questão geográfica, que consiste

¹⁰ SILVA, José Afonso da. Acesso à justiça e cidadania. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 216, p. 9-23, abr./jun. 1999.

¹¹ Ibidem.

¹² CAPELLETTI, Mauro. *Processo, ideologias e sociedade*. Tradução Elício de Cresci Sobrinho. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2008. p. 379 et seq.

¹³ Ibidem, p. 384.

¹⁴ Ibidem, p. 385.

na dificuldade de um indivíduo sozinho postular direitos da coletividade ou pela dispersão das pessoas afetadas, impedindo a formulação de estratégia jurídica comum. O terceiro óbice seria de ordem burocrática, que consiste na dificuldade de o indivíduo, muitas vezes, tendo um único processo na vida, estar em juízo contra litigantes habituais. Dentro desse óbice, estariam também as barreiras institucionais, representada pela percepção da autoridade judiciária como única capaz de resolver as controvérsias, e pelo desconhecimento quanto aos ritos processuais.¹⁵

No que diz respeito ao acesso à justiça, Paulo Cezar Pinheiro Carneiro, com base nos estudos de Cappelletti e Garth,¹⁶ apontou, em finais do século passado, quatro grandes princípios que deveriam informar o real significado da expressão: (1) acessibilidade; (2) operosidade; (3) utilidade; (4) proporcionalidade.¹⁷

O princípio da acessibilidade visa assegurar que os sujeitos de direito tenham meios para arcar com os custos financeiros do processo, assim como procedam ao correto manejo dos instrumentos legais e extrajudiciais, para efetivar direitos individuais e coletivos. Esse princípio, segundo o Professor, se expressaria em três elementos: a) direito à informação; b) adequação do legitimado escolhido para propor demandas cabíveis, além de seu desempenho satisfatório em juízo; c) a estipulação dos custos financeiros do processo em patamar que não dificulte ou iniba o acesso à justiça.¹⁸

O princípio da operosidade consistiria no dever de atuar de modo mais eficiente possível para assegurar o acesso à justiça pelas pessoas que participam da atividade judicial ou extrajudicial. Possuiria duas vertentes de aplicação: subjetiva e objetiva. Pela vertente subjetiva, seria concretizada por meio de uma atuação ética dos envolvidos no processo, que devem atuar de forma colaborativa entre si para a democratização do processo, além de se absterem de adotar atos procrastinatórios. Por sua vez, no campo objetivo, significa a necessidade de utilização dos instrumentos mais eficazes pelas partes, com a escolha ética dos meios. Esse dever não incumbe somente às partes, mas também ao juiz, que deve dirigir o processo de forma a assegurar uma efetiva paridade de armas. No princípio da operosidade, encontraríamos a conciliação e a mediação, que permitiriam uma rápida solução dos conflitos e, ao mesmo tempo, assegurariam, de certo modo, a pacificação entre as partes.¹⁹

¹⁵ MENDES, et al., op. cit., p. 40.

¹⁶ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryan. *Acesso à justiça*. Tradução Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris Editora, 1988.

¹⁷ CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro. *Acesso à Justiça: juizados especiais cíveis e ação civil pública: uma nova sistematização da teoria gera do processo*. Rio de Janeiro: Forense, 1999. p. 57-101.

¹⁸ Ibidem, p. 57-61.

¹⁹ Ibidem, p. 63-78.

O terceiro princípio seria o da utilidade. Por ele, deve-se assegurar ao vencedor tudo aquilo que é de direito, de modo mais rápido e proveitoso possível e com o menor sacrifício para a parte vencida. A jurisdição ideal seria aquela que pudesse, no momento mesmo da violação, conceder, a quem tem razão, o direito material.²⁰

O quarto e último princípio seria o da proporcionalidade. O princípio imporia que o julgador, diante de todas as soluções possíveis, escolhesse a que mais esteja de acordo com os princípios informadores do direito e com os fins a que determina o conjunto de regras que visa a alcançar.²¹

O que se pretende ver realizar é a terceira onda renovatória do processo civil, de Mauro Cappelletti. A primeira diz respeito à prestação de serviços jurídicos aos pobres. A segunda tem o intento de esmiuçar os interesses difusos, permitindo que o processo tenha uma inclinação à coletividade da tutela. Por sua vez, a terceira onda faz referência a uma reforma interna do processo, buscando proporcionar a exequibilidade dos direitos sociais. Ela centra sua atenção no conjunto geral de instituições e mecanismos, pessoas e procedimentos utilizados para processar e mesmo prevenir disputas nas sociedades modernas.²² Essa terceira onda tratou da ampliação do conceito de acesso à justiça, privilegiando métodos auto e heterocompositivos. Por ela, o acesso à justiça deve ser lido de modo ampliado, por não se reduzir aos limites do poder judicial.

Dentre os fins da terceira onda, estão: (a) o de adotar procedimentos acessíveis mais simples e racionais, mais econômicos, eficientes e especializados para certos tipos de controvérsias; (b) o de promover e fazer acessível um tipo de justiça coexistencial, baseada em conciliação e mediação e sobre critérios de equidade social distributiva, (c) o de submeter a atividade pública a formas frequentemente novas e de qualquer maneira mais acessíveis de controle, e mais, em geral, de criar formas de justiça acessíveis, descentralizadas e participatórias, com a participação, em particular, de membros daqueles mesmos grupos sociais e comunidades que estejam diretamente interessados na situação ou controvérsia em questão, e que são, particularmente, conscientes desta situação de controvérsia.²³

Como afirma Cappelletti²⁴:

De qualquer forma é preciso reiterar que os desenvolvimentos refletidos por esta terceira onda de reformas, ou de emergentes exigências de reforma, vão eles mesmos muito além do campo judicial; o fenômeno em exame envolve, de fato, todos

²⁰ Ibidem, p. 79-94.

²¹ Ibidem, p. 95-101.

²² CAPPELLETTI; GARTH, op. cit.

²³ CAPELLETTI, *Processo, ideologias e sociedade*, op. cit., p. 389-390.

²⁴ CAPELLETTI, *Processo, ideologias e sociedade*, op. cit., p. 390-391.

os campos inclusive não jurisdicionais nos quais se manifestou o concernente “gigantismo” do aparato estatal e para-estatal. A descentralização, o controle e a participação, a simplificação dos procedimentos judiciais e administrativos, a delegação, a desprofissionalização e a promoção de um espírito de colaboração e de pacífica coexistência (especialmente no âmbito das relações “de duração”, de comunidade e de vizinhança) representam, de fato, os remédios de que se trata de introduzir contra os perigos da opressão do burocrático governamental, do legalismo, do tecnicismo jurídico-administrativo, com todos seus inerentes riscos de retardamento, de custos inúteis e complicações, de excessiva conflituosidade, de desapego às reais e mais permanentes exigências da sociedade.

Ao entender que o campo do princípio do acesso à justiça não se limita ao Judiciário, assim como o da Justiça Administrativa, vem propor o artigo a aplicação do princípio igualmente para o acesso do cidadão aos mecanismos de decisão no âmbito da Administração Pública.

3. Da Justiça Administrativa e a releitura da Administração sob o enfoque de respeito aos direitos subjetivos

Ao cuidar da Justiça Administrativa, pensar somente na acessibilidade ao Judiciário mostra-se insuficiente. A leitura de um “acesso à Justiça Administrativa” deve ser vista de uma forma mais ampla, não podendo significar apenas o acesso ao Poder Judiciário, mas igualmente às instituições e agências administrativas. Nesse sentido, não pode a Justiça Administrativa ser considerada monopólio do Judiciário, sob pena de grande prejuízo ao administrado, que tem por objetivo a resolução célere e eficiente de seu problema.

Na lição de Boaventura de Sousa Santos, tanto o direito como a administração da justiça têm um papel fundamental nas sociedades contemporâneas, e, dependendo das orientações que lhe presidirem, tanto podem ser um fator de democratização da vida coletiva como um fator de autoritarismo antidemocrático.²⁵

A releitura atual da Administração vincula a sua existência à consecução dos direitos subjetivos dos Administrados. Nesse sentido, o princípio da eficiência se mostra de observância obrigatória pela Administração, uma vez que o fundamento de sua existência deve ser a realização desses direitos, ao se assumir a consciência de que o Estado pertence a todos, e de forma igualitária.

Em verdade, a Pós-Modernidade política se funda em valores capitais perfeitamente definidos no binômio direitos fundamentais e democracia, que informa de modo vinculante

²⁵ SANTOS, Boaventura de Sousa. *Para uma revolução democrática da justiça*. Coimbra: Editora Almedina, 2014. p. 7.

o exercício de todas as funções de Estado.²⁶ Os princípios democráticos informam também a função administrativa.

As sociedades contemporâneas, reflexo da Revolução das Comunicações, passaram a se caracterizar pelo pluralismo, pela complexidade, pela incerteza e pela imprevisibilidade.²⁷

A complexidade da atual sociedade faz com que a Administração Pública atue na regulação de inúmeros setores e serviços da vida social como também assuma para si inúmeras tarefas relacionadas à prestação dos direitos sociais. Nessa tarefa que exerce, falhas ocorrem. E o ideal que não sejam resolvidas pelo Judiciário, não só pelo tempo de espera, como falta de especialização, ou mesmo por não permitir o próprio aprimoramento da Administração, com a detecção de falhas.

Chamamos de Justiça Administrativa o sistema de análise da relação entre os indivíduos e o Estado, em uma abordagem mais holística de reparação do cidadão, em que a revisão judicial é um mecanismo entre muitos outros que incluem tribunais administrativos, ombudsman, ouvidorias, agências administrativas, órgãos reguladores e outros mecanismos de resoluções alternativas de litígios, como a mediação e arbitragem.²⁸

Ultrapassando a Justiça Administrativa a fronteira do Judiciário, e levando para a esfera pública a solução igualmente de litígios, são importados do processo administrativo judicial para o procedimento administrativo na Administração Pública princípios como o devido processo legal, a ampla defesa, a decisão justa, a independência da autoridade julgadora, o princípio de acesso à justiça, agora, acesso à justiça administrativa. Esses se somam aos princípios já associados aos estudos de governança, tais como transparência, responsabilidade, participação, eficiência, igualdade e outros.

No sentido, aponta como possível maior eficiência a gestão administrativa no âmbito da Justiça Administrativa, ainda que o Reino Unido conte com Tribunais Administrativos, o Professor de Direito Público da Queens's University Belfast, na Irlanda do Norte, Gordon Antony, no encontro de Direito Administrativo na Itália, ocorrido em Nápoles, em 17 de abril de 2015.²⁹

²⁶ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo A crise da democracia representativa eletiva parlamentar e a sua superação pela ascensão de uma Democracia Participativa Seletiva Judicial - uma visão prospectiva e integrativa da judicialização. In: RÊGO, Werson (Org.). *Segurança jurídica e protagonismo judicial: desafios em tempos de incertezas - estudos jurídicos em homenagem ao Ministro Carlos Mário da Silva Velloso*. 1ª ed. Rio de Janeiro: LMJ Mundo Jurídico, 2017.

²⁷ CHEVALIER, Jacques. *L'état post-moderne*. 2 ed. Paris: L.G.D.J, 2004. p. 14.

²⁸ ANTHONY, Gordon. Administrative Justice in United Kingdom. *Italian Journal of Public Law*, [S.l.], v. 7, n. 1, p. 9-33.

²⁹ Tradicionalmente, muito do interesse acadêmico nesse sistema focou na revisão judicial como caminho de mediação entre indivíduos e Estado (e entre órgãos do Estado entre eles), onde as Cortes desenvolveram novos fundamentos para a revisão de atos e omissões das autoridades públicas. Entretanto, enquanto essa situação se mantém como alvo de interesse de desenvolvimento doutrinário de muitos acadêmicos no Reino Unido, em recentes anos tem-se visto um crescimento do interesse acadêmico na "Justiça Administrativa" como uma

Traditionally, much scholarly interest in that system has focused upon judicial review as a means for mediation relations between individuals and the state (and as between state bodies themselves), where the courts have famously developed new grounds for reviewing the actions and inactions of public authorities. However, while doctrinal developments remain the primary concern of much scholarship in the UK, recent years have also seen a growing academic interest in “administrative justice” as a framework for analyzing relations between individuals and the state. Although the term “administrative justice” does not lend itself to singular definition- a point that is returned to below- it is generally associated with a more holistic approach to citizen redress that regards judicial review as but on one mechanism among (many) others that include tribunals, ombudsmen, and alternative dispute resolution. The nature of this shift has been seen not just in an increased use of empirically condition exercises of public power. Administrative justice has thus absorbed the values of legality, fairness and rationality that have historically defined judicial review whilst also making links to values that are more readily associated with governance studies- transparency, accountability, input participation, efficiency, and so on.

Contudo, Gordon Antony entende serem outros os princípios importados do processo judicial, como sendo os princípios da legalidade, justiça e racionalidade. No meu entender, porém, já seriam princípios a que estava submetida a administração, não sendo essa a contribuição ao conceito amplo da Justiça Administrativa.

Assim, a ideia se mostra tornar as esferas administrativas de decisão tão mais eficientes, em razão dessa conjugação de princípios que, ainda que se permita a revisão judicial, essa se mostra desinteressante e não necessária.

Não quer dizer que o Brasil tenha que alterar o seu sistema de justiça una, para dual, com a criação de Tribunais Administrativos, o que incrementaria o custo e aumento de verbas, mas aprimorar mecanismos que possam existir ou que já existam no âmbito da Administração Pública, notadamente a partir da aplicação de um procedimento administrativo célere e eficaz, em que a autoridade administrativa tenha poderes para solucionar os conflitos.

Isso porque, diferente do modelo europeu, como nos explica Ricardo Perlingeiro em seu artigo “Uma perspectiva histórica da jurisdição administrativa na América Latina: tra-

estrutura para analisar as relações entre indivíduos e o Estado. Embora o termo “Justiça Administrativa” não leve ele mesmo a uma singular definição- um ponto que será retomado abaixo- geralmente é associado a uma abordagem mais holística da reparação cidadã que considera a revisão judicial como sendo um mecanismo entre (muitos) outros que incluem tribunais, ombudsmen e resolução alternativa de litígios. A natureza dessa mudança foi vista não apenas em um uso crescente de exercícios de condição empírica do poder público. A justiça administrativa absorveu os valores de legalidade, justiça e racionalidade que historicamente têm definido a revisão judicial, ao mesmo tempo em que vinculam valores mais facilmente associados a estudos de governança - transparência, prestação de contas, participação, eficiência e assim por diante. (tradução nossa). Ibidem, p. 1.

dição europeia-continental versus influência norte-americana”,³⁰ o modelo brasileiro adota, sob declarada influência do constitucionalismo norte-americano, um sistema judicial único para a jurisdição administrativa e para a jurisdição comum, o qual até hoje vigora; ademais, com a Constituição de 1988, eleva-se o devido processo legal administrativo (extrajudicial) à categoria de direito fundamental.

E continua o Professor a analisar o risco acrítico da importação dos institutos e comparação dos sistemas.³¹

Esse choque cultural, portanto, sem uma prévia contextualização, é fator de risco para impulsionar o modelo de justiça administrativa a um de dois extremos: de um lado, a uma duplicidade de jurisdições, com autoridades públicas e tribunais judiciais que possuem, de modo semelhante, independência, especialização e poder amplo de revisão, o que representa aumento de gastos, insegurança e demora na solução dos conflitos; de outro lado, a uma ausência de jurisdição, na medida em que autoridades administrativas sem independência, logo, sem aptidão para assegurar um justo processo administrativo extrajudicial, convivam com tribunais judiciais não especializados, que optem por respeitar a capacidade técnica e o poder normativo das autoridades ou, com igual efeito prático dessa *administrative deference*, que optem por decidir mesmo sem a adequada capacidade cognitiva sobre a matéria *sub judice*.

Contudo, observando a posição política adotada pelo nosso sistema, o objetivo é propiciar uma maior participação individual na reconsideração e aprimoramento dos serviços públicos, estimulando a mediação como forma inclusive de aprimoramento da eficiência da Administração Pública, que deve buscar acertar de primeira vez, sendo essa a defesa de Martin Partington, em *Administrative Justice in the 21 st Century*,³² que entende ser a Justiça Administrativa um conceito amplo que envolve não só as Cortes e Tribunais, mas também as primeiras decisões na seara administrativa.³³

³⁰ PERLINGEIRO, Ricardo. Uma perspectiva histórica da jurisdição administrativa na América Latina: tradição europeia-continental versus influência norte-americana. *Revista de Investigações Constitucionais*, Curitiba, v. 2, n. 1, p. 92-93, jan./abr. 2015.

³¹ Ibidem, p. 92.

³² HARRIS, M.; PARTINGTON, M (Ed.). *Administrative Justice in the 21 st Century*. Oxford and Portland, Oregon: Hart Publishing, 1999.

³³ Sua ideia em definir o seu entendimento de Justiça Administrativa devia-se à grande controvérsia a respeito de seu alcance, pois os seguidores de Frank entendiam se prender somente ao âmbito das cortes e tribunais. “The Franks Report of 1957 was issued by a British committee of inquiry chaired by Sir Oliver Franks in respect of growing concerns as to the range and diversity of tribunals, uncertainty about the procedures they followed and worry over lack of cohesion and supervision. The catalyst for this was the Crichton Down Affair. [2] However, this was a result of a decision by the British Government and the Franks committee was told to limit its discussion to formal statutory procedure and not to go into decisions of the courts or one-off decisions,

A Justiça Administrativa é um conceito que envolve toda a sorte de decisão tomada pela primeira vez pela Administração Pública, passando pela fase de recurso e adjudicação, já nos Tribunais e Cortes, pois não pode se perder de vista que o maior desafio da Justiça Administrativa é dar a decisão correta para o Administrado desde a primeira vez. Para tanto, e como pré-requisito, certos valores devem estar incorporados à Administração Pública, como da participação, da transparência, justiça, eficiência, consistência, racionalidade, igualdade e consulta.

Na defesa de que, no Brasil, o excesso de judicialização deixe de ter como foco o sistema judiciário e se volte para a estrutura das autoridades administrativas, de modo que tenham legitimidade e autoridade para assegurar a proteção de direitos fundamentais, Ricardo Perlingeiro, em o “Devido processo legal administrativo e a tutela judicial efetiva - Um novo olhar?”.³⁴

No mesmo artigo, defende que o devido processo legal, tanto por previsão constitucional, como legal, deve ser aplicado não só ao processo judicial como ao procedimento administrativo.³⁵ Os incisos LIV e LV do art. 5º da Constituição Federal preveem que “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal” e “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes.”

Por sua vez, a “lei geral de processos administrativos”, Lei n. 9.784/1999 explicita as garantias do devido processo legal aplicáveis, quais sejam: direito de petição e direito de defesa; direito ao contraditório, direito ao duplo grau de jurisdição, direito à defesa técnica e direito à gratuidade, princípio da informalidade, princípio da oficialidade, princípio da boa-fé processual, princípio da imparcialidade, princípio da duração razoável do processo (também prevista no art. 5º, LXXVIII, da Constituição).

Mais recentemente o art. 15 do Código de Processo Civil veio estabelecer que “na ausência de normas que regulem processos eleitorais, trabalhistas ou administrativos, as disposições deste Código lhe serão aplicadas supletiva e subsidiariamente”.

Contudo, bem ressalta Ricardo Perlingeiro que apesar da lembrança do princípio da imparcialidade, não há previsão na legislação brasileira de prerrogativas pessoais e institu-

which excluded the Crichton decision”, extraído de FRANKS Report (1957). *Wikipedia*. [O Relatório Franks de 1957 foi publicado por uma comissão de inquérito britânica presidida por Sir Oliver Franks, com preocupações crescentes quanto à variedade e diversidade de tribunais, incerteza sobre os procedimentos que seguiam e preocupação por falta de coesão e supervisão. O catalisador para isso foi o Caso Crichton Down. No entanto, isto foi o resultado de uma decisão do Governo Britânico e a Comissão Franks foi instruída a limitar a sua discussão ao procedimento estatutário formal e a não analisar decisões da cortes ou suas decisões pontuais, o que excluía a decisão do Crichton] tradução nossa.

³⁴ PERLINGEIRO, Ricardo. O devido processo legal administrativo e a tutela judicial efetiva - Um novo olhar? *Revista de Processo – RePro*, São Paulo, v. 40, n. 239, p. 298, jan. 2015.

³⁵ *Ibidem*, p. 299.

cionais que assegurem certa dose de independência às autoridades públicas e seus agentes quando investidos na função de decidir processos administrativos.³⁶

Também, para Ricardo Perlingeiro, o processo a que se refere a Constituição brasileira deve ser prévio à decisão administrativa inicial, não sendo bastante que se manifeste mediante a interposição de um recurso ou pedido de reconsideração. Aponta as vantagens de um processo prévio a decisão, dentre elas a diminuição de impugnações posteriores na medida em que as decisões administrativas já surgem depois de enfrentar as argumentações dos interessados.³⁷

Na abordagem do direito da melhor decisão administrativa na primeira vez, Robert Thomas, da Faculdade de Direito da Universidade de Manchester, no seu artigo “Administrative Justice, Better Decisions, and Organisational Learning”.³⁸ Aponta R. Thomas que muito do trabalho da Justiça Administrativa ocorre nos escritórios do governo, que é o mais importante nível, pois todas as decisões começam nele e a maior parte termina também nele.³⁹

Realizar uma correta administração, segundo ele, é princípio essencial da boa administração. Isso envolve a correta coleta de informações e aplicação de regras e parâmetros legais adequados. Inúmeros valores estão presentes para que tenhamos essa correta decisão de primeira vez, quais sejam: precisão; justiça; custo-efetividade; e eficiência.⁴⁰

Aponta também os efeitos negativos de não termos uma correta decisão de primeira vez. Em primeiro lugar, os administradores exercem considerável poder sobre a vida das pessoas; qualquer erro ou ineficiência no manuseio ou resultado de tais decisões será potencialmente angustiante para os indivíduos envolvidos. Segundo, decisões ruins geram custos desnecessários e atrasos quando são impugnadas. Em terceiro lugar, a tomada de decisão é uma parte essencial da implementação de políticas, como a concessão de direitos a pessoas. Se o governo quiser cumprir suas metas políticas (administrar benefícios, coletar impostos, determinar o status de imigração), conforme aprovado pelo Parlamento, então são necessárias boas decisões. Em quarto lugar, as decisões corretas aumentam a legitimidade das agências governamentais e seus processos de tomada de decisão. A má tomada de decisões acarreta um risco de reputação para as agências e pode minar a confiança do público no governo como um todo e sua legitimidade. Tais problemas são exacerbados se o governo repetir os mesmos erros em vez de aprender com eles.⁴¹

³⁶ Ibidem, p. 299.

³⁷ Ibidem, p. 300-301.

³⁸ THOMAS, Robert. Administrative justice, better decisions, and organisational learning. *Public Law*, p. 1-23, 2015.

³⁹ Ibidem, p. 2.

⁴⁰ Ibidem, p. 3.

⁴¹ “Right first time” and concern about the quality of initial decision-making are comparatively recent features in the administrative justice world. The focus has traditionally been almost exclusively upon providing external redress for

A definição dada para a Justiça Administrativa pelo *The UK Administrative Justice Institute* (Instituto de Justiça Administrativa no Reino Unido), conforme sua página de sítio eletrônico, vem ser que a Justiça Administrativa diz respeito à forma como interagimos como indivíduos quando o governo, ou aqueles que trabalham em seu nome, agem de formas que parecem erradas, ilegais ou injustas. Abrange questões de importância cotidiana para todos nós, como moradia, educação, saúde, imigração, planejamento, previdência social e tributação. No original⁴²:

Administrative justice concerns how we interact as individuals when the government, or those working on its behalf, act in ways that appear wrong, unfair or unjust. It encompasses matters of everyday importance to all of us, such as housing, education, health care, immigration, planning, social security and taxation.

E acrescenta a página que, em sua essência, a Justiça Administrativa é⁴³:

At its core administrative justice is about ensuring that public bodies and those who exercise public functions make the right decisions. How do these decisions affect people (as citizens, consumers, individual or groups) and what are the mechanisms for provi-

grievances. However, much of the work of administrative justice occurs in government offices. This is the most important level; all decision-making starts at this level and most of it finishes there. Yet, little light has been allowed into this "closed, dark and windowless" world.

What does getting it right mean? Making correct decisions is an essential principle of good administration. It involves collecting information relevant to the decision-making task and then applying the legal rules or standards to produce a decision that corresponds with the facts and is well-reasoned and robust. Decision-makers must assess the evidence and exercise sound judgment. Making correct decisions in all cases sounds idealistic and may be unattainable, but is worth striving for. A number of competing values inform discussions of administrative justice, such as: accuracy; fairness; cost-effectiveness; and efficiency. However, accuracy is arguably the primary goal of administrative justice: regardless of what other desirable attributes are embodied within a decisionmaking process, decisions are unlikely to be acceptable if they are wrong.

There are several reasons why government should make correct decisions. First, administrators exercise considerable power over people's lives; any error or inefficiency in the handling or outcome of such decisions will be potentially distressing for the individuals concerned. A single administrative decision may not seem that important to the government, but it is significant to the person concerned. Poor decisions create unnecessary anxiety for individuals who ultimately succeed in challenging them. As appeal rights have increasingly been limited or curtailed, it is important to make good initial decisions. Second, poor decisions generate unnecessary costs and delay when they are challenged. Using tribunals to rectify poor initial decisions is an example of "failure demand", that is, a demand that produces waste as it arises from a failure to get things right in the first place. Third, decisionmaking is an essential part of implementing policy, such as awarding people their entitlements. If government is to accomplish its policy goals (administering benefits, collecting taxes, determining immigration status), as approved by Parliament, then good decisions are required. Fourth, correct decisions enhance the legitimacy of government agencies and their decision-making processes. Poor decision-making carries a reputational risk for agencies and can undermine public confidence in government as a whole and its legitimacy. Such problems are exacerbated if government repeats the same mistakes rather than learning from them". Ibidem, p. 3-4.

⁴² WHAT is administrative justice? UKAJI – *The Uk Administrative Justice Institute*, Colchester, UK [s.d.].

⁴³ "garantir que os órgãos públicos e aqueles que exercem funções públicas tomem as decisões certas. Como essas decisões afetam as pessoas (como cidadãos, consumidores, indivíduos ou grupos) e quais são os mecanismos para fornecer reparação quando as coisas dão errado? Nossas preocupações incluem assegurar que as decisões e os mecanismos de reparação cumpram o Estado de Direito." (tradução nossa)

ding redress when things go wrong? Our concerns include ensuring that decisions and redress mechanisms comply with the rule of law.

Apesar de não termos um conceito ainda fechado de Justiça Administrativa, conseguimos enxergar um conceito abrangente para ela, no sentido de um sistema geral através do qual as decisões de natureza administrativa ou executiva são tomadas em relação a pessoas específicas, incluindo (a) o procedimento para tomar tais decisões, (b) a lei segundo a qual tal decisão é tomada e (c) os sistemas para resolver disputas e apresentar queixas em relação a tais decisões.⁴⁴ Por seu crescimento de importância, a Justiça Administrativa vem se tornando uma cadeira no estudo do Direito Administrativo.

Apesar de o sistema ter por objetivo a resolução de queixas individuais do administrado, não há como falar em Justiça Administrativa sem pensar em coletividade, sendo esse o seu enfoque diferenciado. Uma demanda individual, por envolver a coisa pública e necessidade de tratamento paritário entre os cidadãos, necessariamente tem uma natureza ainda que indireta que transborde a esfera individual, pois, ou estamos falando de orçamento público, portanto, dinheiro de todos, ou mesmo comportamento da administração ou decisão que, pelo princípio da imparcialidade, deveria ser observado para todos, ou mesmo que afete diretamente o campo transindividual.

Nesse sentido, justifica-se a criação de uma estrutura de julgamento sensível a natureza dessas demandas, notadamente em razão do interesse de todos na Administração Pública e necessidade de tratamento paritário.

Existem vários mecanismos de solução de demandas na Justiça Administrativa. Poderíamos apontar: direito de petição, ouvidorias, no Brasil, *ombudsman* parlamentar, técnicas de mediação e arbitragem, tribunais administrativos, revisão judicial no âmbito do Judiciário, procedimentos no âmbito das agências reguladoras.

A Justiça Administrativa, quando corretamente implementada, pode transformar um país em mais justo e igual, por ter grande impacto na vida dos vários administrados. O aprimoramento do sistema de Justiça Administrativa permite que mais decisões corretas sejam tomadas, em assuntos sensíveis como educação, saúde, assistência social, etc, matérias que possuem mais impactos sobre os mais vulneráveis da sociedade.

A permissão de que as pessoas busquem reparação contra os órgãos públicos pode ser adotada como indicador do grau de respeito pelo Estado de valores como igualdade e dignidade.

No relatório de Sarah Nason, em workshop “2018 Workshop – Public Law and Administrative Justice in Wales” da E.S.R.C Economic e Research Council, empreendido pela Bangor University, restou analisado como a melhoria de um sistema de Justiça Administrativa pode tornar uma nação mais justa e mais igualitária. O relatório, que enfocou o País de

⁴⁴ ANTHONY, op. cit., p. 4.

Gales, conclui que a Justiça Administrativa é um dos pilares da justiça social. É um meio alternativo de responsabilizar o Estado, especialmente quando a eficácia dos métodos tradicionais de responsabilização legal e política é questionada⁴⁵. Para tanto, como fatores de estranhamento da Justiça Administrativa pela população, aponta fatores como complexidade do sistema, em se saber qual nível de governo, federal, regional, descentralizado ou mesmo supranacional tem responsabilidade por diferentes aspectos da lei e reparação, ou mesmo o enfoque que é dado a essas disputas.

O acesso à Justiça Administrativa deve ser levado em conta, notadamente quanto ao esclarecimento da população a respeito dos mecanismos a serem seguidos para a apresentação de suas reclamações. O acesso às instituições e os procedimentos devem ser claros e intuitivo.

O direito substantivo à Justiça Administrativa e à boa administração deve ser considerado direito fundamental.

No caso brasileiro, o Judiciário está assoberbado de demandas envolvendo a administração.⁴⁶ Os interessados reclamam de morosidade e falta de efetividade das decisões judiciais, notadamente quanto à sua qualidade e efetividade. Por sua vez, as autoridades alegam que os juízes interferem indevidamente nos Poderes Discricionários, com ofensa ao princípio da separação dos Poderes, que proferem decisões judiciais sem considerar que as autoridades administrativas devem observar a necessidade de tratamento igualitário em relação a todos os interessados.⁴⁷

Apesar de todos os esforços e gastos do Judiciário, o quadro de demandas judiciais não diminui, o que demonstra a baixa efetividade da solução. Como menciona Ricardo Perlingeiro, diante desse quadro, é oportuno que a busca de soluções ao excesso de judicialização deixe de ter como foco o sistema judiciário e se volte para a estrutura das autoridades administrativas, de modo que tenham legitimidade e autoridade para assegurar a proteção dos direitos fundamentais.⁴⁸

A vantagem de um processo prévio no âmbito da administração é de vir à análise do Judiciário uma discussão mais madura quando insatisfeita a parte com o destino dado pela solução administrativa, e que se destaca pelo aspecto técnico.

⁴⁵ NASON, Sarah. Administrative justice: Wales' first devolved justice system: evaluation and recommendations, *Bangor University*, Bangor, UK, dec. 2018.

⁴⁶ Em pesquisa realizada em 2011, o CNJ divulgou a listagem dos 100 maiores litigantes. Até a 10ª posição, na escola nacional, seriam esses os maiores: 1º) Instituto Nacional do Seguro Social (22,33%); 2º) Caixa Econômica Federal (8,50%); 3º) Fazenda Nacional (7,45%); 4º) União (6,97%); 5º) Banco do Brasil S.A (4,24%). 6º) Estado do Rio Grande do Sul (4,24%); 7º) Banco Bradesco S/A (3,84%), 8º) Banco Itaú (3,43%); 9º) Brasil Telecom Celular S/A (3,28%); 10º) Banco Finasa S/A (2,19%), os dados foram extraídos de CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *100 maiores litigantes*. Brasília, 2012.

⁴⁷ PERLINGEIRO, op. cit.

⁴⁸ Ibidem.

A “Justiça Administrativa” justifica o seu estudo em separado por possuir um quadro de instituições, regras e procedimentos próprios. Nesse sentido, o sistema de Justiça Administrativa pode ser sentido por uma decisão inicial proferida pelo seu corpo administrativo que afete direito e interesses de pessoas, incluindo atos e legislação que afetem genericamente as pessoas, o procedimento envolvido na feitura dessas decisões e por fim, sistemas de resolução e disputas relativos a essas decisões em consideração às queixas dos cidadãos.⁴⁹

N. Creutzfeldt aponta como conclusão indicada pelo relatório do *Administrative Justice Steering Group* (2009:2) como três objetivos a serem alcançados pelo sistema de Justiça Administrativa: (1) garantir que a administração pública acerte na primeira vez que elabore a sua decisão; (2) assegurar que, quando for incorreta a decisão ou o tratamento ao cidadão for defeituoso, haja efetivo mecanismo de reparação; (3) assegurar que a administração pública aprenda com os seus erros, assegurando a possibilidade de fazer correto pela primeira vez.⁵⁰

4. Do Princípio de acesso à Justiça Administrativa

Ao ampliar o conceito de Justiça Administrativa para fora dos lindes do Poder Judiciário, forçoso se perquirir qual o novo significado que passa a ter o princípio do acesso à justiça.

Kazuo Watanabe, no seu estudo a respeito do acesso à justiça⁵¹ já sustentava que ela não poderia ser estudada nos acanhados limites dos órgãos jurisdicionais, ainda mais se levando em conta o sistema de jurisdição aqui adotado no Brasil, que não consegue dar perfeita solução à quantidade de conflitos diferenciados surgidos na complexa sociedade atual. Caberia ao Estado organizar todos os meios alternativos de solução de conflitos, ao lado dos mecanismos tradicionais e formais em funcionamento, sendo que tais serviços, que poderiam ser informais, não precisariam estar organizados dentro do Poder Judiciário.

Para fins de mudança que se quer operar, principalmente de mentalidade e emancipação da população, tornando os cidadãos seres mais participativos, a garantia de acesso aos órgãos jurisdicionais torna-se insubsistente. O que se busca é uma real mudança de mentalidade da população, permitindo que alcance as estruturas administrativas de decisão, com resultado célere de seu conflito.⁵² O que se pretende com a nova leitura do princípio de

⁴⁹ *The administrative justice system also possesses its own set of institutions, rules and procedures. These are courts and tribunals, internal complaints, reviews and ombudsmen. The administrative justice system (in its widest sense) can be defined as the 'combination of (1) initial decision-making by public bodies affecting people's rights and interests, including the substantive rules under which decisions are made, the procedures followed in making decisions; and (2) systems for resolving disputes relating to such decisions and for considering citizens' grievances' (Administrative Justice Steering Group 2009:2).* Extraído de CREUTZSFELDT, Naomi. *Ombudsman and ADR*. London: Palgrave Socio - Legal Studies, 2018.

⁵⁰ CREUTZSFELDT, op. cit., p. 15.

⁵¹ WATANABE, op. cit., p. 132-133.

⁵² *Ibidem*, p. 129.

acesso à justiça é retirar a orfandade da sociedade, na transformação dos seres de infantilizados para emancipados.⁵³

Já, no caso específico, o princípio do acesso à justiça administrativa prevê a necessidade de inúmeras alterações substanciais no sentido de permitir o real acesso do administrado às instâncias de decisão, inclusive administrativas.

Assim como o neoconstitucionalismo retirou a rigidez do princípio da separação de poderes para permitir uma atuação mais ativista do Judiciário,⁵⁴ permite que os outros poderes adotem uma postura igualmente de solução de conflitos, o que seria típico daquele poder. Tal afirmação não quer retirar a característica básica e definidora de cada poder, mas a possibilidade de sua flexibilização em nome da efetiva realização dos direitos fundamentais dos administrados, que não podem ser reféns de uma mera disputa de hegemonia entre os órgãos.

Assim, não basta para se alcançar o tratamento igualitário pelo Estado se olhar para mecanismos de aprimoramento dos processos judiciais, tais como simplificação dos procedimentos, valorização dos precedentes judiciais, mas o desenvolvimento dos meios alternativos de solução de controvérsia. A solução não pode estar mais presa ao Judiciário, que apostou na efetivação dos direitos sociais como premissa para a existência da democracia no Brasil, mas que hoje se mostra insuficiente como mecanismo de efetivação do real acesso à justiça.

É fato que o Poder Judiciário transcendeu o seu papel clássico e adquiriu função política, cabendo-lhe não só aplicar a norma ao caso concreto como adaptá-la, integrar a ordem jurídica bem como examinar a norma diante de padrões estabelecidos por princípios constitucionais, contudo, no momento atual, vem se mostrando complexo, moroso e insuficiente para as demandas tradicionais e deficiente para as novas demandas.⁵⁵

Apesar de os dogmas que fundamentam os sistemas jurídicos que adotam a *Civil Law*, de raízes na Revolução Francesa, que acreditam à lei a ordenação social e a efetivação da igualdade, apontarem no sentido da desconfiança para as fórmulas de negociação entre as partes, essas se mostram adequadas à complexidade da sociedade atual.

⁵³ Ingborg Maus, em “O Judiciário como superego da sociedade”, faz alusão à sociedade como sendo uma “sociedade órfã. Os jurisdicionados historicamente seriam vistos pelo Estado como sujeitos infantilizados e o judiciário seria a sensatez necessária para o exercício correto da jurisdição. Os indivíduos e coletividade podem ser ainda mais facilmente dirigidos e transformados em objetos administrados pela legalidade objetiva e pelos mecanismos funcionais da sociedade industrial evoluída (MAUS, Ingeborg. *O judiciário como superego da sociedade*. Rio de Janeiro: *Lumen Juris*, 2010).

⁵⁴ No sentido de que o princípio da separação de poderes, como concebido pelo Estado liberal, como algo decadente Eduardo Cambi e Daniel Sarmento, no sentido do ativismo judicial em defesa dos valores constitucionais. CAMBI, Eduardo. *Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo. Direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 176; SARMENTO, Daniel. O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. In: QUARESMA, Regina et al. (Coord). *Neoconstitucionalismo*. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 274.

⁵⁵ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. A Reforma do Estado e o Poder Judiciário. *Revista da EMERJ*, Rio de Janeiro, v. 1, n. 3, p. 203-204, 1998.

O momento atual é de busca de meios adequados para a solução das controvérsias. O direito processual no Brasil, com o objetivo de propiciar acesso à justiça, já passou pela fase de busca da acessibilidade⁵⁶, da instrumentalidade do processo,⁵⁷ da efetividade⁵⁸ e estamos na fase da adequação dos meios processuais.⁵⁹

O que temos, como história a ser contada, é um desenvolvimento maior do acesso à justiça no âmbito do Poder Judicial, pela aposta do Judiciário na realização dos direitos sociais, o que não quer dizer que o princípio não deve ser desenvolvido para outros poderes, sendo mais uma necessidade que se impõe como forma real de realização igualitária dos direitos sociais.

E por entender se tratar de uma necessidade na sociedade atual a abertura de diálogo direto entre os participantes, é que se defende a existência do princípio de acesso à justiça que não se prende aos limites do Poder Judiciário.

Se existe a admissão de que, à luz do conceito moderno, o acesso à justiça não fique limitado ao acesso ao Judiciário, mas se estenda à possibilidade de solucionar conflitos no âmbito privado⁶⁰, mais fácil se entender a sua possibilidade no âmbito da Administração Pública, pois, para última, o controle da observância dos princípios do devido processo legal e correlatos se torna mais forte, por ser exigência que se impõe ao Estado.

Antônio Herman Benjamin⁶¹ classifica o acesso à justiça por dois enfoques básicos. Numa posição mais restritiva, contemplaria o acesso à tutela da jurisdição. Em sentido amplo, diz respeito à tutela de direitos ou interesses violados. Partindo-se de uma conotação integral, seria o acesso ao direito, uma ordem jurídica justa, onde o acesso à justiça se confunde com o acesso ao poder. Nos dois casos, os instrumentos de acesso à justiça podem ter natureza preventiva, repressiva ou reparatória.

Poderíamos apontar os seguintes princípios como informadores do acesso à Justiça Administrativa: (1) direito à informação e transparência; (2) acessibilidade; (3) operosidade, o que incluiria a celeridade; (4) direito de manifestação; (5) exercício do contraditório.

No que diz respeito ao direito de acesso à informação, ao contrário do que fez Paulo Cezar Pinheiro Carneiro, que o estabeleceu como um subprincípio da acessibilidade, resolvei o destacar desse último como forma de evidenciar o aumento de seu grau de importância

⁵⁶ CARNEIRO, op. cit.

⁵⁷ DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 3 ed. São Paulo: Malheiros Editores Ltda, 1993.

⁵⁸ BEDAQUE, Jose R dos Santos. *Efetividade do processo e a técnica processual*. 3 ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

⁵⁹ Fala do Professor Humberto Dalla em seminário em homenagem ao Professor Paulo Cezar Pinheiro Carneiro ocorrido no Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, ocorrido nos dias 28 e 29 de março de 2019, sobre o "Acesso à Justiça", tema central de titularidade da tese do homenageado.

⁶⁰ PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. *Jurisdição e pacificação: limites e possibilidades do uso dos meios consensuais de resolução de conflitos na tutela dos direitos transindividuais e pluriindividuais*. Curitiba: CRV, 2017. p. 84.

⁶¹ BENJAMIN, A. H. A insurreição da aldeia global contra o processo civil clássico: apontamentos sobre a opressão e a libertação judiciais do ambiente e do consumidor. *Textos: Ambiente e Consumo*, [Lisboa], v. 1, 1996.

conforme o transcorrer das últimas décadas. A Administração Pública deve não só atender ao cidadão que busca saber alguma informação de seu interesse como tem o dever de instruir os cidadãos dos seus meandros, órgãos e procedimentos.

Informação e transparência são princípios de observância obrigatória⁶². Nesse sentido, vem ser obrigação do Estado publicar quais são os serviços que devem ser prestados, os órgãos ou entidades responsáveis por sua realização e a autoridade administrativa a quem estão subordinados ou vinculados, o que veio a ser disciplinado pelo art. 3º da Lei nº 13.460/2018.

Um dos grandes problemas de acesso da população brasileira à Administração Pública é entender os mecanismos e roteiros da Administração. A publicação permitirá a diminuição do déficit de conhecimento e maior participação da população na estrutura da administração.

A falta de informação da população a respeito dos meandros da Administração Pública deve ser ultrapassada para fins de se permitir a participação e apresentação de reclamação pelo cidadão junto às estruturas administrativas de decisão.

No que diz respeito à transparência, é condição para a observância dos princípios básicos do Estado constitucional democrático. Os atos da administração devem ser os mais claros e públicos possíveis, salvo as hipóteses legais de sigilo e de segredo de justiça.

A evolução do tema no Brasil está consentâneo com a evolução do tema em nível mundial, isso porque a Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte I.D.H.), na decisão *Claude Reyes e outros v. Chile* de 2006, reconheceu a existência de um direito de acesso a informações oficiais, buscar e receber informações, em observância ao art. 13 da Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH), que dispõe sobre a liberdade de pensamento e de expressão⁶³. Nesse sentido, a Corte I.D.H. reconheceu o direito de acesso à informação pública como um direito humano fundamental.

Na sequência, em 2008, houve a aprovação dos princípios sobre o direito de acesso à informação pelo Comitê Jurídico Interamericano (CJI) da Organização dos Estados Americanos (OEA), quais sejam.⁶⁴

1. Em princípio, toda informação é acessível. 2. O acesso a informação se estende a todos os órgãos públicos e entes privados com recursos públicos. 3. O direito de acesso a informação se dirige a toda informação. 4. Os órgãos públicos devem difundir informação sobre suas funções e atividades. 5. Devem ser implementadas

⁶² PERLINGEIRO, Ricardo; DIAZ, Ivonne; LIANI, Milena. Princípios sobre o direito de acesso à informação oficial na América Latina. *Rev. Investig. Const.*, Curitiba, v. 3, n.2, maio/ago. 2016.

⁶³ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Caso Claude Reyes e outros vs. Chile*. San José, 19 setembro de 2006.

⁶⁴ COMITÊ JURÍDICO INTERAMERICANO. *Principles on the right of access to information*. CJI/RES. 147 (LXXIII-O/08). 7 de agosto de 2008. Ver também MENDEL, Toby. *O direito a informação na América Latina*. Quito: UNESCO, 2009. p. 13.

regras claras, justas, não discriminatórias e simples referente a requerimentos de informação. 6. As exceções do direito de acesso à informação devem ser estabelecidas por lei. 7. O ônus de prova para justificar qualquer negativa de acesso à informação deve recair sobre o órgão público. 8. Todo indivíduo deve ter o direito de recorrer contra qualquer negativa ou obstrução de acesso à informação. 9. Toda pessoa que intencionalmente negue ou obstrua o acesso à informação, violando as regras que garantem esse direito, deve estar sujeita a sanção. 10. Devem ser adotadas medidas de promoção e implementação do direito de acesso à informação.

Em 2010, a Lei Modelo Interamericana sobre Acesso à Informação Pública e a Guia para sua Implementação, aprovadas pela Assembleia Geral da OEA, incorporaram a orientação jurisprudencial da Corte Interamericana de Direitos Humanos no caso *Claude Reyes v. Chile*, assim como os referidos princípios sobre acesso à informação do Comitê Jurídico Interamericano.⁶⁵

O Comitê Jurídico Interamericano da OEA prescreve que:

O acesso à informação é um direito humano fundamental que estabelece que todos podem acessar a informação detida por órgãos públicos, sujeito somente a exceções limitadas, de acordo com uma sociedade democrática e proporcionais ao interesse que as justifique. Os Estados devem assegurar o respeito ao direito de acesso à informação, adotando legislação apropriada e colocando em prática os meios necessários para a sua implementação.

Na exposição de motivos da Lei Modelo Interamericana, está assinalado que “o acesso à informação é um direito humano fundamental e uma condição essencial para todas as sociedades democráticas”.

A informação é o oxigênio da democracia. Se as pessoas não sabem o que está acontecendo em sua sociedade, se as ações daqueles que as governam forem ocultadas, então eles não podem tomar uma parte significativa nos assuntos da sociedade. Mas a informação não é apenas uma necessidade para as pessoas, mas uma parte essencial de um bom governo.⁶⁶

No Brasil, a Lei nº 12.527, de 18 de novembro de 2011, regula o acesso à informação previsto no inciso XXXIII do art. 5º, no inciso II do § 3º do art. 37 e no § 2º do art. 216

⁶⁵ ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. *Model Inter-American Law on Access to Information*. AG/RES. 2607 (XL-O/10). 8 de junho de 2010.

⁶⁶ “Information is the oxygen of democracy. If people do not know what is happening in their society, if the actions of those who rule them are hidden, then they cannot take a meaningful part in the affairs of that society. But information is not just a necessity for people – it is an essential part of good government. Bad government needs secrecy to survive. It allows inefficiency, wastefulness and corruption to thrive. As Amartya Sen, the Nobel Prize-winning economist has observed, there has not been a substantial famine in a country with a democratic form of government and a relatively free press. Information allows people to scrutinise the actions of a government and is the basis for proper, informed debate of those actions”. MENDEL, op. cit., p. 1.

da Constituição Federal. No seu art. 3º, prevê o acesso à informação como direito fundamental, sendo as seguintes diretrizes a serem adotadas: (1) observância da publicidade como preceito geral e do sigilo como exceção; (2) divulgação de informações de interesse público, independentemente de solicitações; (3) utilização de meios de comunicação viabilizados pela tecnologia da informação; (4) fomento ao desenvolvimento da cultura de transparência na administração pública; (5) desenvolvimento do controle social da administração pública.

O disposto nessa lei não exclui as hipóteses legais de sigilo e de segredo de justiça nem as hipóteses de segredo industrial decorrentes da exploração direta de atividade econômica pelo Estado ou por pessoa física ou entidade privada que tenha qualquer vínculo com o poder público.⁶⁷

Por sua vez, no que diz respeito à acessibilidade, o Estado deve facilitar o acesso da população às estruturas de diálogo e reclamação com o poder público, não só por meios de canais de comunicação, como na inexistência de custas do processo, ou mesmo auxílio de servidores aos administrados quando necessário.

A inexistência de custas com advogado e de taxas vêm ser um estímulo à participação da população na seara administrativa, que deve ter o mecanismo de acesso facilitado à Administração Pública.

No que diz respeito à operosidade, a Administração deve atuar de forma mais eficiente possível para assegurar o acesso à Justiça Administrativa pelos jurisdicionados, não só pela vertente subjetiva, como diz Paulo Cezar Pinheiro Carneiro por meio de uma atuação ética dos envolvidos no processo, que devem atuar de forma colaborativa entre si, de forma a se abster de adotar atos procrastinatórios, como também no campo objetivo, com a utilização dos instrumentos mais eficazes de diálogo entre o Estado e os jurisdicionados, inclusive por meio de mediação e conciliação. Aqui, também impõe-se a observância do princípio da celeridade no que diz respeito aos procedimentos administrativos, entendendo-se a demora de resposta pela Administração como violação ao direito fundamental do jurisdicionado.

Pelo direito de manifestação, o jurisdicionado tem o direito de ser ouvido pela administração, ainda que por escrito, assim como pelo contraditório, de contradizer pontos

⁶⁷ São passíveis de sigilo as informações quando possam: (1) pôr em risco a defesa e a soberania nacionais ou a integridade do território nacional; (2) prejudicar ou pôr em risco a condução de negociações ou as relações internacionais do País, ou as que tenham sido fornecidas em caráter sigiloso por outros Estados e organismos internacionais; (3) pôr em risco a vida, a segurança ou a saúde da população; (4) oferecer elevado risco à estabilidade financeira, econômica ou monetária do País; (5) prejudicar ou causar risco a planos ou operações estratégicas das Forças Armadas; (6) prejudicar ou causar risco a projetos de pesquisa e desenvolvimento científico ou tecnológico, assim como a sistemas, bens, instalações ou áreas de interesse estratégico nacional; (7) pôr em risco a segurança de instituições ou de altas autoridades nacionais ou estrangeiras e seus familiares; ou (8) comprometer atividades de inteligência, bem como de investigação ou fiscalização em andamento, relacionadas com a prevenção ou repressão de infrações. A depender da classificação que ganhe a informação de ultrassecreta, secreta ou reservada, isso influenciará o prazo máximo de restrição de acesso à informação, sendo, respectivamente, 25 (vinte e cinco) anos, 15 (quinze) anos e 5 (cinco) anos.

apontados pela Administração que lhe sejam contrários a seu interesse no âmbito do procedimento administrativo.

A importância do procedimento administrativo⁶⁸ prende-se ao fato de que quando o mesmo observa os direitos subjetivos dos administrados notadamente no que se refere aos princípios e deveres procedimentais, além de fortalecer a Administração Pública no que diz respeito às instâncias decisórias, dotadas de profissionais habilitados, reduz-se o excessivo quadro de demandas repetitivas no Judiciário, evitando que acumule funções não jurisdicionais, típicas de autoridades administrativas, o que prejudica inclusive o seu correto exercício da função jurisdicional.

5. Conclusões

A negociação direta entre as partes como forma de solução de litígios é uma exigência da sociedade complexa atual. Na afirmação se inclui a Administração Pública que, pelo princípio da eficiência, deve possibilitar canais de contato com os cidadãos na busca de uma resolução célere de suas falhas, assim como o próprio aprimoramento, para fins de prolação de uma decisão justa logo de primeira vez.

A complexidade da atual sociedade faz com que a Administração Pública atue na regulação de inúmeros setores e serviços da vida social como também assuma para si inúmeras tarefas relacionadas à prestação dos direitos sociais. Nessa tarefa que exerce, falhas ocorrem. E o ideal que não sejam resolvidas pelo Judiciário, não só pelo tempo de espera, como falta de especialização, ou mesmo por não permitir o próprio aprimoramento da Administração, com a detecção de falhas.

A acessibilidade à Justiça Administrativa não se prende aos limites de acessibilidade ao Judiciário, pois inclui as instâncias administrativas de decisão. Ademais, o direito de acesso à justiça é o direito de acesso à ordem jurídica justa, o que implica na necessidade de leitura do princípio do acesso à justiça, de forma a alcançar as esferas administrativas.

Ao entender que o campo do princípio do acesso à justiça não se limita ao Judiciário, assim como o da Justiça Administrativa, propôs o artigo a aplicação do princípio igualmente

⁶⁸ É importante lembrarmos que, de um modo geral, com exceção do direito brasileiro, “processo” está associado à jurisdição e “procedimento” a atuações não jurisdicionais da Administração, meramente executivas e destinadas à solução de conflitos, porém sujeitas a uma revisão jurisdicional subsequente. No Brasil, porém, utiliza-se a expressão “processo administrativo” para se referir ao que o restante da legislação latino-americana denomina “procedimento administrativo”, valendo-se da expressão “processo judicial” para referir-se ao processo jurisdicional, que, aqui, é sempre judicial, das causas de direito administrativo. Contudo, tecnicamente, e fora do Brasil, “processo administrativo” será jurisdicional; tradicionalmente judicial, mas com alguns casos de jurisdição administrativa exercida fora do Judiciário, como no caso do Uruguai e do seu Tribunal de Contencioso Administrativo. Por outro lado, “procedimento” será sempre extrajudicial e não jurisdicional. PERLINGEIRO, Ricardo (Coord.). *Procedimento administrativo e processo administrativo latino-americanos: compilação de leis nacionais*. 1 ed. Rio de Janeiro: Escola da Magistratura Regional Federal, 2017.

para o acesso do cidadão aos mecanismos de decisão no âmbito da Administração Pública.

A assertiva inclusive é a mais consentânea ao Estado Democrático de Direito, pois leva ao cidadão emancipado, participante ativo na formação da vontade coletiva.

Ultrapassando a Justiça Administrativa a fronteira do Judiciário, e levando para a esfera pública a solução igualmente de litígios, são importados do processo administrativo judicial para o procedimento administrativo na Administração Pública princípios como o devido processo legal, a ampla defesa, a decisão justa, a independência da autoridade julgadora, o princípio de acesso à justiça, agora, acesso à justiça administrativa. Esses se somam aos princípios já associados aos estudos de governança, tais como transparência, responsabilidade, participação, eficiência, igualdade e outros.

O direito substantivo à Justiça Administrativa e à boa administração deve ser considerado direito fundamental. No caso brasileiro, o Judiciário está assoberbado de demandas envolvendo a Administração, enquanto os interessados reclamam de morosidade e falta de efetividade das decisões judiciais, notadamente quanto à sua qualidade e efetividade. Por sua vez, as autoridades alegam que os juízes interferem indevidamente nos Poderes Discricionários, com ofensa ao princípio da separação dos Poderes, que proferem decisões judiciais sem considerar que as autoridades administrativas devem observar a necessidade de tratamento igualitário em relação a todos os interessados.

Poderíamos apontar os seguintes princípios como informadores do acesso à Justiça Administrativa: (1) direito à informação e transparência; (2) acessibilidade; (3) operosidade, o que incluiria a celeridade; (4) direito de manifestação; (5) exercício do contraditório.

Informação e transparência são princípios de observância obrigatória. Nesse sentido, vem ser obrigação do Estado publicar quais são os serviços que devem ser prestados, os órgãos ou entidades responsáveis por sua realização e a autoridade administrativa a quem estão subordinados ou vinculados.

Um dos grandes problemas de acesso da população brasileira à administração pública é entender os mecanismos e roteiros da Administração. A publicação permitirá a diminuição do déficit de conhecimento e maior participação da população na estrutura da administração.

No que diz respeito à transparência, é condição para a observância dos princípios básicos do Estado constitucional democrático. Os atos da administração devem ser os mais claros e públicos possíveis, salvo as hipóteses legais de sigilo e de segredo de justiça.

Por sua vez, no que diz respeito à acessibilidade, o Estado deve facilitar o acesso da população às estruturas de diálogo e reclamação com o poder público, não só por meios de canais de comunicação, como na inexistência de custas do processo, ou mesmo auxílio de servidores aos administrados quando necessário.

No tocante à operosidade, a Administração deve atuar de forma mais eficiente possível para assegurar o acesso à Justiça Administrativa pelos jurisdicionados, não só pela vertente

subjetiva, como diz Paulo Cezar Pinheiro Carneiro por meio de uma atuação ética dos envolvidos no processo, que devem atuar de forma colaborativa entre si, de forma a se abster de adotar atos procrastinatórios, como também no campo objetivo, com a utilização dos instrumentos mais eficazes de diálogo entre o Estado e os jurisdicionados, inclusive por meio de mediação e conciliação. Aqui, também impõe-se a observância do princípio da celeridade no que diz respeito aos procedimentos administrativos, entendendo-se a demora de resposta pela Administração como violação ao direito fundamental do jurisdicionado.

Pelo direito de manifestação, o jurisdicionado tem o direito de ser ouvido pela administração, ainda que por escrito, assim como pelo contraditório, de contradizer pontos apontados pela Administração que lhe sejam contrários a seu interesse no âmbito do procedimento administrativo.

A importância do procedimento administrativo deve-se ao fato de que quando o mesmo observa os direitos subjetivos dos administrados notadamente no que se refere aos princípios e deveres procedimentais, além de fortalecer a Administração Pública no que diz respeito às instâncias decisórias, dotadas de profissionais habilitados, reduz-se o excessivo quadro de demandas repetitivas no Judiciário, evitando que acumule funções não jurisdicionais, típicas de autoridades administrativas, o que prejudica inclusive o seu correto exercício da função jurisdicional.

Referências

ANTHONY, Gordon. Administrative Justice in United Kingdom. *Italian Journal of Public Law*, [S.l.], v. 7, n. 1, p. 9-33, 2015. Disponível em: < http://www.ijpl.eu/assets/files/pdf/2015_volume_1/IJPL_volume1_2015.pdf >. Acesso em: 23 ju. 2020.

ARMENGOL, Carlos Manuel Villabella. Los métodos em la investigación jurídica. Algunas precisiones. In: GODINEZ, W.; GARCÍA, J.H. (Coord.). *Metodologías: enseñanza e investigación jurídicas*. México: Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2015. p. 921-953.

BEDAQUE, Jose R dos Santos. *Efetividade do processo e a técnica processual*. 3 ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

BENJAMIN, Antonio. H. A insurreição da aldeia global contra o processo civil clássico: apontamentos sobre a opressão e a libertação judiciais do ambiente e do consumidor. *Textos: Ambiente e Consumo*, [Lisboa], v.1, 1996.

CAMBI, Eduardo. *Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo. Direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

CAPPELLETTI, Mauro. Fundamental guarantees of the parties in civil litigation: comparative constitutional, international and social trends. *Stanford Law Review*, California, v. 25, n.5, p. 651-715, May 1973. Disponível em: <www.westlaw.com>. Acesso em: 15 mar. 2012.

_____. *Processo, ideologias e sociedade*. Tradução Elício de Cresci Sobrinho. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2008.

_____; GARTH, Bryan. *Acesso à justiça*. Tradução Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris Editora, 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, 1999.

CHEVALIER, Jacques. *L'état post-moderne*. 2 ed. Paris: L.G.D.J, 2004.

COMITÊ JURÍDICO INTERAMERICANO. *Principles on the right of access to information*. CJI/RES. 147 (LXXIII-O/08). 7 de agosto de 2008.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *100 maiores litigantes*. Brasília, 2012. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2011/02/100_maiores_litigantes.pdf>. Acesso em: 1 abr. 2019.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Caso Claude Reyes e outros vs. Chile*. San José, 19 setembro de 2006. Disponível em: < <http://bit.ly/1EJmcBE> >. Acesso em: 07 jul. 2019.

CREUTZSFELDT, Naomi. *Ombudsman and ADR*. London: Palgrave Socio - Legal Studies, 2018. Disponível em: <<https://doi.org/10.1007/978-3-319-78807-4>> Acesso em: 21 jul. 2020.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 3 ed. São Paulo: Malheiros Editores Ltda, 1993.

DUARTE, Evandro Santos; FARIAS, Vanderlei Gualarte; OLIVEIRA, Neiva Afonso. O método hermenêutico e a pesquisa na área das ciências humanas. In: XXII JORNADA DE PESQUISA, 2017, Ijuí. *Salão de conhecimento*. Ijuí, RS: Unijuí, 2017. Disponível em: <<https://www.publicacoeseventos.unijui.edu.br/index.php/salaconhecimento/issue/view/190>>. Acesso em: 22 jul. 2020.

FRANKS Report (1957). *Wikipedia – The free encyclopedia*. Disponível em: <[https://en.wikipedia.org/wiki/Franks_Report_\(1957\)](https://en.wikipedia.org/wiki/Franks_Report_(1957))>. Acesso em: 4 mar. 2019.

HARRIS, M.; PARTINGTON, M. (Ed). *Administrative Justice in the 21 st Century*. Oxford and Portland, Oregon: Hart Publishing, 1999.

MAUS, Ingeborg. *O judiciário como superego da sociedade*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

MENDEL, Toby. *O direito a informação na América Latina*. Quito: UNESCO, 2009. Disponível em: < <http://bit.ly/1MVf6BA> >. Acesso em: 07 jul. 2019.

MENDES, Aluísio Gonçalves de; DINAMARCO, Cândido Range; PINHO, Humberto Dalla Bernardina; FUX, Luiz (Org.) *Estudos de Direito Processual em homenagem a Paulo Cezar Pinheiro Carneiro*. 1ª ed. Rio de Janeiro: LMJ Mundo Jurídico, 2019.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. A crise da democracia representativa eletiva parlamentar e a sua superação pela ascensão de uma Democracia Participativa Seletiva Judicial - uma visão prospectiva e integrativa da judicialização. In: RÊGO, Werson (Org.). *Segurança jurídica e protagonismo judicial: desafios em tempos de incertezas- estudos jurídicos em homenagem ao Ministro Carlos Mário da Silva Velloso*. 1ª ed. Rio de Janeiro: LMJ Mundo Jurídico, 2017.

_____. A Reforma do Estado e o Poder Judiciário. *Revista da EMERJ*, Rio de Janeiro, v. 1, n. 3, p. 203-204, 1998. Disponível em: <http://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista03/revista03_198.pdf>. Acesso em: em 03 jul. 2019.

NASON, Sarah. Administrative justice: Wales' first devolved justice system: evaluation and recommendations, *Bangor University*, Bangor, UK, dec. 2018. Disponível em: <<http://adminjustice.bangor.ac.uk/documents/AJWalesReportESRCDec18.pdf>>. Acesso em: 01 jan. 2019.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. *Model Inter-American Law on Access to Information*. AG/RES. 2607 (XL-O/10). 8 de junho de 2010. Disponível em: <<http://bit.ly/1nrf2hU>>. Acesso em: 07 jul. 2019.

PERLINGEIRO, Ricardo (Coord.). *Procedimento administrativo e processo administrativo latino-americanos: compilação de leis nacionais*. 1 ed. Rio de Janeiro: Escola da Magistratura Regional Federal, EMARF, 2017.

_____. O devido processo legal administrativo e a tutela judicial efetiva - Um novo olhar? *Revista de Processo - RePro*, São Paulo, v. 40, n. 239, p. 293-331, jan. 2015.

_____. Uma perspectiva histórica da jurisdição administrativa na América Latina: tradição europeia-continental versus influência norte-americana. *Revista de Investigações Constitucionais*, Curitiba, v. 2, n. 1, p. 89-136, jan./abr. 2015. DOI: <http://dx.doi.org/10.5380/rinc.v2i1.43103>.

_____; DIAZ, Ivonne; LIANI, Milena. Princípios sobre o direito de acesso à formação oficial na América Latina. *Rev. Investig. Const.*, Curitiba, v. 3, n. 2, maio/ago. 2016. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S-2359-56392016000200143#fn406>. Acesso em: 07 jul. 2019.

PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. *Jurisdição e pacificação: limites e possibilidades do uso dos meios consensuais de resolução de conflitos na tutela dos direitos transindividuais e pluri-individuais*. Curitiba: CRV, 2017.

SANTOS, Boaventura de Sousa. *Para uma revolução democrática da justiça*. Coimbra: Editora Almedina, 2014.

SARMENTO, Daniel. O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. In: QUARESMA, Regina et al. (Coord.). *Neoconstitucionalismo*. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

SILVA, José Afonso da. Acesso à justiça e cidadania. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 216, p. 9-23, abr./jun. 1999. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/47351/45365>>. Acesso em: 30 jul. 2019.

THOMAS, Robert. Administrative justice, better decisions, and organisational learning. *Public Law*, p. 1-23, 2015. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=2477969>>. Acesso em: 04 mar. 2019.

WATANABE, Kazuo. Acesso à justiça e sociedade moderna. In: DINAMARCO, Cândido Range; GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (Coords.). *Participação e processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988. p. 128-135.

WHAT is administrative justice? UKAJI – *The Uk Administrative Justice Institute*, Colchester, UK, [s.d.]. Disponível em: <<https://ukaji.org/what-is-administrative-justice/>>. Acesso em: 6 mar. 2019.

Capítulo 4

A Identidade Disforme da Justiça Administrativa Brasileira: Razões Históricas e Proposições Institucionais

Nathália de Paula Brandão

Resumo

O texto procede à análise histórico-comparada de aspectos-chave dos modelos de justiça administrativa europeu e norte-americano, de modo a extrair suas influências no modelo brasileiro de jurisdição administrativa. À luz das peculiaridades imanentes a cada sistema, e dos sintomas que acometem a ineficiência do modelo brasileiro vigente, o trabalho objetiva embasar críticas e formular proposições de aprimoramento do desenho institucional da “justiça administrativa” no Brasil.

Palavras-chave

Direito administrativo, direito comparado, justiça administrativa, administração pública.

Sumário

1. Introdução
2. Justiça administrativa
3. Arcabouço internacional

3.1 O sistema francês: origem da justiça administrativa

3.1.1 Desenho institucional da justiça administrativa francesa

3.1.2 Desenho institucional do sistema jurisdicional: o sistema inglês e norte-americano

3.1.2.1 O sistema inglês

3.1.2.2 O sistema norte-americano

3.2.2 Críticas ao modelo judicial único

4. O sistema brasileiro

4.1 Desenho institucional: raízes históricas

4.2 Sintomas da crise de identidade: o ornitorrinco institucional

4.2.1 Análise da intensidade do controle judicial

4.2.1.1 Judiciário abarrotado vs Administração debilitada

4.2.1.2 Déficit de especialização administrativa em matéria de direitos fundamentais

5. Considerações finais

* Este artigo científico é resultado da pesquisa acadêmica conduzida para fins de Trabalho de Conclusão do Curso de Direito da Universidade Federal Fluminense. A defesa da tese ocorreu no dia 19 de julho de 2019, diante da banca composta pela Prof. Dra. Helena Elias Pinto, Prof. Dra. Fernanda Duarte da Silva e o Prof. Dr. Ricardo Perlingeiro Mendes da Silva.

1. Introdução

Há três séculos, quando a pele de um ornitorrinco australiano foi levada à Inglaterra pela primeira vez, os cientistas lutaram para conseguir categorizá-lo. Com um bico de pato no corpo de um castor, o animal tinha pelo e estava de sangue quente como um mamífero; ainda colocava ovos e tinha pés palmados como um pássaro ou um réptil. Afinal, do que se tratava? De um pássaro, um mamífero ou um réptil? Ou tratava-se de uma junção híbrida de todos os três?

Hoje, definir a identidade da jurisdição administrativa brasileira prova-se tarefa igualmente espinhosa. Isso porque, tal como o ornitorrinco, o sistema de jurisdição administrativa brasileiro é, desde a sua concepção, disforme. Fruto de uma adaptação do sistema judiciário único, típico do direito administrativo de países de tradição jurídica *common law*, em uma cultura jurídica europeia-continental edificada na tradição da *civil law*, o sistema brasileiro de jurisdição administrativa evidencia um Judiciário com amplos poderes ao lado de uma Administração Pública debilitada. Dada a normativa constitucional ainda em descompasso com a realidade brasileira, tal panorama da justiça administrativa no Brasil, tido por “quase esquizofrênico”, clama por uma agenda de reformas pontuais.¹

O objetivo do presente trabalho é, pois, contribuir para o debate acerca da construção de um sistema de jurisdição administrativo mais efetivo e coerente com a realidade brasileira. Cumpre, portanto, investigar o desenho institucional da “justiça administrativa brasileira”, traçando um paralelo entre a sua origem histórica e seu estado da arte, de modo a embasar críticas ao seu *status quo*. Para tanto, far-se-á (i) uma análise pautada no “institucionalismo histórico”, isto é, na concepção jurídica que enfatiza a sua historicidade e sua relação com as alterações legais e institucionais que o circundam (método “Law in context”)² – a partir abordagem comparada entre o sistema jurisdicional da França e dos EUA; (ii) deles, extrair-se-á seus contornos e influências determinantes no sistema jurisdicional administrativo do Brasil; para, só então, (iii) propor alterações no seu atual *modus operandi*, visando atenuar a judicialização exacerbada dos conflitos administrativos.³

O especial enfoque será dado no nível de intensidade dos poderes de adjudicação e sua relação com a judicialização exacerbada dos conflitos administrativos, considerando, sobretudo, o grau de especialização em direitos fundamentais e autonomia das autoridades administrativas. O fim último deste trabalho é contribuir para os estudos que propõem um

¹ PERLINGEIRO, Ricardo. Justiça administrativa no Brasil: uma jurisdição administrativa judicial, extrajudicial ou híbrida? *Revista CEJ*, Brasília, ano XVIII, n. 62, p. 80, jan./abr. 2014.

² CANE, Peter. *Controlling Administrative Power. An Historical Comparison*. Cambridge: Cambridge University Press, 2016.

³ ASIMOW, Michael. Five models of administrative adjudication. *American Journal of Comparative Law*, v. 63, p. 4, 2015.

reajarranjo institucional do que se considera “justiça administrativa” no Brasil, de modo a conferir-lhe identidade e adequação à realidade brasileira.

A pesquisa terá como referenciais teóricos a obra *Controlling Administrative Power: A Historical Comparison*, do autor Peter Cane; a obra *Five Models of Administrative Adjudication*, do autor Michael Asimow e a obra *Uma perspectiva histórica da jurisdição administrativa na América Latina: tradição europeia-continental versus influência norte-americana*, do autor Ricardo Perlingeiro.

2. Justiça Administrativa

À guisa de apontamentos introdutórios, importante esclarecer conceitos-chave que norteiam a análise do trabalho e são comumente passíveis de falsa compreensão.

Justiça Administrativa pode ser definida como um conjunto *institucional* ordenado *normativamente* à resolução de questões de direito administrativo nascidas de *relações jurídico-administrativas*.⁴ Eduardo Gualazzi, por sua vez, define justiça administrativa como o complexo de órgãos do próprio Judiciário (sistema de jurisdição una) ou autônomos, distintos, independentes desse Poder (sistema duplo de jurisdição), destinados, mediante provocação, a dirimir, em matéria administrativa, os conflitos entre Administração e administrado.⁵ Há, pois, justiça administrativa: (i) *em sentido formal*, que é a estrutura destinada à resolução de litígios de direito público ou envolvendo interesse da Administração Pública e (ii) *em sentido material*, isto é, os litígios em si, de direito administrativo. Trata-se, a um só tempo, de instrumento de manutenção da atuação administrativa dentro dos limites legais e constitucionais, e de tutela dos direitos subjetivos dos administrados. Jurisdição Administrativa, por sua vez, traduz-se na natureza e no alcance da jurisdição prestada por tais órgãos.

A expressão “contencioso administrativo”, por seu turno, pode deter dois sentidos. O primeiro é a denominação dada ao sistema de dualidade de jurisdição – a ser tratado a seguir. O segundo significa qualquer conflito que tramite na via administrativa; isto é, mesmo nos países que não adotam o sistema de jurisdição dualista, existe o contencioso administrativo neste sentido, pois, independentemente do modelo de jurisdição, é permitido que o indivíduo reclame da Administração junto a seus próprios órgãos. Para ilustrar: os recursos de reclamação e de representação formam um contencioso administrativo, por tramitarem na via administrativa.⁶

Quanto aos sistemas de controle, trata-se do conjunto de instrumentos contemplados no ordenamento jurídico que têm por fim fiscalizar a legalidade dos atos da Administração.

⁴ ANDRADE, José Carlos Vieira de. *A justiça administrativa: Lições*. 9. Ed. Coimbra: Almedina, 2007.

⁵ GUALAZZI, Eduardo Lobo Botelho. *Justiça administrativa*. São Paulo: Revista Forense, 1986. p. 25.

⁶ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 30 ed. São Paulo: Atlas, 2016. p. 1.076.

Busca-se, com eles, evitar que a atividade administrativa fique desprovida de legalidade, seja no âmbito interno, seja no que se estende aos seus administrados. Assim, ainda que passíveis de alteração, identificam-se dois os sistemas básicos de controle: (i) o modelo de jurisdição una/sistema da unidade de jurisdição (i.e. anglo-americano) e (ii) o modelo de jurisdição dualista/ sistema do contencioso administrativo (i.e. francês).

No modelo de jurisdição una - *una lex una jurisdictio* -, também denominado sistema inglês, o Poder Judiciário guarda competência para a solução de litígios de toda natureza. Logo, todos os litígios, administrativos ou de caráter privado, são sujeitos à apreciação e à decisão de juízes e Tribunais do Poder Judiciário. Apenas os órgãos do Judiciário exercem a função jurisdicional e proferem decisões com o caráter da definitividade/ coisa julgada: a *res judicata*. Por este modelo, não cabe à Administração Pública exercer função jurisdicional: seus atos são sempre passíveis de reapreciação no Judiciário.

No sistema de jurisdição dualista, o ordenamento contempla, ao lado da Justiça do Poder Judiciário, uma *Justiça Administrativa*. De origem francesa, caracteriza-se pela existência de Tribunais administrativos especializados ou órgãos assemelhados que julgam os litígios decorrentes de seus atos e relações com os administrados, emitindo decisões com o condão de formar coisa julgada; sem possibilidade de revisão por órgão ou Tribunal estranho ao Poder Executivo. Daí, portanto, a denominação de sistema de dualidade de jurisdição: a jurisdição é dual na medida em que a função jurisdicional é exercida por duas estruturas orgânicas independentes – a Justiça Judiciária e a Justiça Administrativa.

À luz do exposto, para se alcançar diagnóstico da crise de identidade da jurisdição administrativa brasileira, faz-se necessário breve histórico sobre os sistemas que delinearam o seu desenho institucional. Para tanto, pautar-se-á no método comparado – recomendado pelo especialista Michael Asimow: “Comparative law helps scholars and policymakers to better understand their own administrative adjudicatory systems and furnishes them with ideas for transplanted procedures that might improve those systems.”

3. Arcabouço internacional

3.1 O sistema francês: origem da justiça administrativa

Berço do Direito Administrativo e precursora de ideais de organização do Estado, a França também concebeu o sistema de dualidade de jurisdição. A jurisdição administrativa deita em raízes monárquicas, sistematiza-se durante a Revolução Francesa e, complementa-se no século XIX, quando destacou-se da jurisdição judiciária para nunca mais a ela se associar. Ela encontra suas origens nos órgãos instituídos junto aos reis da França, desde o século XIII; primeiramente, enquanto órgão consultivo e assistente da Administração e do governo de Estado e que, posteriormente, passou a contrair atribuições jurisdicionais. Tais funções

jurisdicionais se mantiveram até a Revolução Francesa de 1789, apesar do desenvolvimento do papel judiciário dos “parlamentos” de Paris e das províncias, titulares da chamada “justice déléguée” concedida pelo Rei no século XIX.⁷

No século XVIII, o raciocínio revolucionário que engendrou a construção da jurisdição administrativa refletia o sentimento de desconfiança generalizada no Poder Judiciário à época. Como os órgãos do Poder Judiciário estavam aparelhados com descendentes da nobreza real, acreditava-se não somente na falta de competência do Judiciário para julgar processos administrativos, mas também na ideia de que os órgãos judiciários poderiam tumultuar a atividade administrativa e minar a independência da Administração.⁸ A rigor, o Poder Judiciário era tido como rival do Poder Administrativo.

Esse “estado de ânimo anti-judicial”, por sua vez, encontrou guarida em uma interpretação *peculiar* do princípio da separação dos poderes⁹: “se o poder executivo não podia imiscuir-se nos assunto da competência dos tribunais, o poder judicial também não poderia interferir no funcionamento da administração”.¹⁰ Nota-se que a técnica dos freios e contrapesos (*checks-and-balances*), também concebida pela lógica dos três poderes de evitar a ingerência de um poder sobre o outro¹¹, foi solenemente ignorada nessa interpretação. Era claro o temor de eventual sobreposição dos órgãos judiciários à Administração; daí a ‘peculiar’ ressignificação do princípio da separação dos poderes com o intuito de embasar o isolamento do Judiciário quanto às causas envolvendo a Administração.

Vale ressaltar que a jurisdição administrativa só foi devidamente reconhecida na Constituição após a reforma constitucional de 2008. Até então, o Conselho de Estado era tratado tão somente como um órgão consultivo e não como um órgão jurisdicional. Com a “loi de validation”, decisão de 22 de julho de 1980, o Conselho Constitucional reconheceu que a independência da jurisdição administrativa faz parte dos princípios fundamentais reconhecido pelas Leis da República (*príncipes fondamentaux reconnus par les lois de La République – PFR-LR*), isto é, princípios de valores constitucionais determinados pelo Conselho Constitucional francês (*Conseil Constitutionnel français*) e pelo Conselho de Estado (*Conseil d’État*), a mais alta corte da ordem administrativa.

⁷ Cf. CONSEIL d’ETAT. *La juridiction administrative*, [s.d.].

⁸ BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. Breves reflexões sobre a jurisdição administrativa: Uma perspectiva de direito comparado. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 211, p. 66, jan. 1998.

⁹ RIVERO, Jean. *Direito administrativo*. Coimbra: Almedina, 1981. p. 158.

¹⁰ AMARAL, Diogo Freitas do. *Curso de direito administrativo*. 3 ed., v. I. Coimbra: Almedina, 2006.

¹¹ A evolução do sistema francês atravessou diversas etapas. Entretanto, não cabe, aqui, exauri-las. O enfoque do presente trabalho é trazer à baila os principais contornos institucionais dos sistemas de jurisdição que influenciaram a organização jurisdicional administrativa brasileira.

3.1.1 Desenho institucional da justiça administrativa francesa

A jurisdição administrativa francesa é composta por tribunais independentes dos tribunais judiciais. Eles constituem uma ordem particular de jurisdição: *l'ordre administratif* (ordem administrativa). A jurisdição administrativa francesa exerce duas funções distintas: (i) a jurisdição propriamente dita, conhecendo e julgando as causas que envolvam questões administrativas e (ii) a consultoria jurídica ao Governo e à Administração.

Hoje, a França conta com 42 (quarenta e dois) Tribunais Administrativos (*tribunaux administratifs*), acima dos quais estão as 8 (oito) Cortes Administrativas de Apelação (*cours administratives d'appel*) e, por fim, a sua mais alta corte administrativa: o *Conseil d'État* (Conselho de Estado). No caso de conflito de atribuições entre as duas Justiças, a controvérsia é dirimida pelo Tribunal de Conflitos, concebido exclusivamente para este fim.

Por um lado, o desenho institucional dessa jurisdição bipartida contempla a apreciação de conflitos de natureza essencialmente administrativa por uma Justiça composta de órgãos julgadores especializados. Dentre os aspectos positivos deste modelo, tem-se a (i) *especialização dos julgadores*, posto que todos os litígios que envolvem a Administração são solucionados por especialistas daquela área e (ii) *o proferimento de decisões técnicas*: seus julgados são eminentemente técnicos, visto que os conselheiros têm profundos conhecimentos das atividades e dos problemas da Administração - o que em muito justifica a robustez do desenvolvimento do Direito Administrativo francês.

Por outro lado, arrisca-se a garantia da imparcialidade em favor dos litigantes privados, já que, na Justiça Administrativa, o Estado é parte e juiz do conflito.¹²

Adiante, veremos o seu antagonista: o sistema unitário, de origem inglesa e, hoje, adotado no Brasil por disposição inserta no Texto Constitucional.

3.1.2 Desenho institucional do sistema jurisdicional: o sistema inglês e norte-americano

3.1.2.1. O sistema inglês

Em oposição à especialização do sistema dualista francês, o sistema jurisdicional inglês adotou o adágio *una lex, una jurisdictio*; cabendo ao Poder Judiciário a última palavra para todas as causas - envolvendo ou não o Poder Público.

Na tradição jurídica *common law*, o direito não é codificado em um ordenamento jurídico lógico. As regras materiais e processuais são extraídas de casos reais. O "legal reasoning" é extraído, consolidado, aprimorado e aplicado na prática judicial a partir dos seus precedentes; isto é, não há uma cultura de sistematização legal prévia do todo. Ade-

¹² CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 30 ed. São Paulo: Atlas, 2016. p. 1077.

mais, ressalte-se que a distinção entre direito público e privado no *common law* não possui delimitações bem definidas.

Em consequência, esse arcabouço jurídico não foi propício ao desenvolvimento de um direito administrativo robusto, tal como o dos moldes franceses. Pode-se dizer, inclusive, que o chamado sistema judicial de jurisdição única inglês era corolário lógico da ausência da consolidação de um direito administrativo.¹³ Albert Venn Dicey, em sua obra *Introduction to the study of the Law and Constitution*, revela abertamente que a ausência de equivalentes para a expressão “Direito Administrativo” é simbólica: segundo Albert, em países do *common law*, o sistema de Direito Administrativo e os seus princípios nos quais o referido sistema repousa são, em verdade, “desconhecidos” – ou, eufemisticamente, “duramente inteligíveis sem maiores explicações”.¹⁴ José Cretella Júnior, por sua vez, sustenta que o sistema do *common law* detém, sim, um autônomo direito administrativo, mesmo que distante dos moldes franceses. A diferença está na horizontalidade inglesa *versus* verticalidade francesa; isto é: no sistema, inglês, a Administração Pública inglesa é tratada, no que couber, em pé de igualdade aos particulares, ao passo que, no sistema francês, Administração Pública, detentora do *jus imperii*, goza de prerrogativas e privilégios.¹⁵

Uma especialização dos órgãos jurisdicionais em matéria de direito administrativo chegou a ser proposta em 1973. Contudo, dada a dificuldade em assentar os limites entre direito público e privado na cultura jurídica inglesa bastante arraigada, tal proposta caiu por terra.¹⁶ Hoje, com o *Tribunals, Court and Enforcement Act 2007*, tem-se o *unified tribunals system*, composto por dois Tribunais: o *First-tier Tribunal* e o *Upper Tribunal*. Todos os tribunais previamente existentes – inclusive os então *administrative tribunals* – estão inseridos nesse sistema unificado de tribunais; com exceção dos *Patent Office tribunals* e o *Investigatory Powers tribunals*.¹⁷

3.1.2.2 O sistema norte-americano

No Direito norte-americano, alcançou-se um modelo em que decisões administrativas são proferidas por autoridades que detêm certa dose de independência (*quasi-judicial bodies, administrative tribunals*),¹⁸ ainda que em um sistema jurisdicional monista. Isso implica em

¹³ Ibid., p. 1077.

¹⁴ DICEY, Albert Venn. *Introduction to the study of the law and constitution*. 10th ed. London: Martin's Press, 1962. p. 330.

¹⁵ CRETELLA JÚNIOR, José. Direito administrativo inglês. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, v. 25, n. 99. p. 74, jul./set. 1988.

¹⁶ SOUZA, Rafael Soares. *Justiça administrativa: o sistema brasileiro*. 2014. Dissertação (Mestrado em Direito do Estado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014. p. 46.

¹⁷ UNITED KINGDOM. *Tribunals, Courts and Enforcement Act 2007*.

¹⁸ PERLINGEIRO, Ricardo. Uma perspectiva histórica da jurisdição administrativa na América Latina: tradição europeia-continental versus influência norte-americana. *Revista de Investigações Constitucionais*, Curitiba, v. 2, n. 1, p. 92, jan./abr. 2015.

um (i) procedimento administrativo que *deve* a mesma observância principiológica de um procedimento judicial, tais como o juízo equitativo diante das partes, mas que igualmente (ii) detém garantias próximas ao *due process of law*.

Considera-se que o divisor de águas no desenvolvimento da máquina administrativa federal estadunidense ocorreu em 1887, com a criação do *Interstate Commerce Commission* (ICC). Concebido para regular as ferrovias, o ICC é tipicamente descrito como a primeira comissão reguladora efetivamente “independente” do EUA; daí marca-se a origem dos chamados *administrative tribunals*, uma combinação do modelo judicial único com o contraditório no âmbito da Administração Pública.¹⁹

Hodiernamente, o estado da arte sistema americano (*quasi-judicial bodies*), muito se deve a casos paradigmáticos, que deram origem à (i) *Chevron Doctrine* e à (ii) *Hard Look Doctrine*. As *Chevron* e a *Hard Look Doctrines* são marcos importantes no movimento de flexibilização do controle judicial sobre decisões administrativas em um sistema judicial monista.

No caso *Chevron USA Inc. v. Natural Resources Defense Council*, litígio instaurado entre a Chevron (*International Oil Company*) e o Conselho de Defesa dos Recursos Naturais (órgão equivalente ao IBAMA), a Suprema Corte norte-americana decide que o Judiciário deve acatar as interpretações da agência quanto à sua área de expertise, à exceção daquelas visivelmente atentatórias ao estatuto legal. O paradigmático caso (*leading case*) reconhece a importância do saber técnico das autoridades administrativas e a elas transfere mais independência e autonomia interpretativa para proferirem decisões, flexibilizando, assim, a intensidade do controle judicial de suas decisões (*judicial review*), ainda que com claras limitações legais:

Chevron stands for the basic proposition that the court should accept the administrator's interpretation of a statutory provision reasonably open to more than one interpretation, even the court itself would have preferred a different interpretation, even if the court itself would have preferred a different interpretation. (...), in cases where a provision is reasonably open to more than one interpretation, the court decides which interpretation is preferable. However, in doing so it takes account of the *agency's preferred interpretation* and asks whether that interpretation is *the preferable* interpretation: 'We consider that the interpretations of the Administrator under this Act constitute a body of experience and informed judgement to which courts may properly resort for guidance.'²⁰

¹⁹ PERLINGEIRO, Ricardo. Uma perspectiva histórica da jurisdição administrativa na América Latina: tradição europeia-continental versus influência norte-americana. *Revista de Investigações Constitucionais*, Curitiba, v. 2, n. 1, p. 89-136, jan./abr. 2015.

²⁰ CANE, Peter. *Controlling administrative power: An historical comparison*. Cambridge: Cambridge University Press, 2016. p. 400.

Já a *Hard Look Doctrine*, por sua vez, traz à baila um princípio do direito administrativo norte-americano segundo o qual o Judiciário *somente* deve intervir para afastar decisões “arbitrárias” ou “caprichosas”, contrárias à razoabilidade (revisão judicial limitada), raramente adentrando no seu suporte fático.²¹ O Judiciário deve apurar se as decisões proferidas pelas agências reguladoras contêm injustiças ou vieses (“bias”) por conta de propósitos impróprios. Por focar na relação analítica entre a decisão da agência e os critérios materiais por ela utilizados, o denominado método *hard-look review* preocupa-se, sobretudo, com a “racionalidade” da decisão administrativa.

3.2.2 Críticas ao modelo judicial único

Uma das críticas mais ferrenhas ao modelo judicial único é a falta de especialização do Judiciário em matéria administrativa, bem como decisões pouco e/ou mal embasadas. Justamente pelo desconhecimento técnico das questões por autoridades judiciárias, os países da *common law* são acometidos por um movimento retardatário na consolidação de um Direito Administrativo.

O surgimento dos “tribunais administrativos”, entretanto, conota uma importante busca por soluções para lidar com as matérias técnicas e, igualmente, desabarrotar o Judiciário.

4. O sistema brasileiro

4.1 Desenho institucional: Raízes históricas

Quanto ao desejo institucional de jurisdição administrativa, o direito brasileiro perpassou as quatro modalidades de organização da jurisdição administrativa, quais sejam: (1) jurisdição administrativa compreendendo funções consultivas e funções contenciosas (i.e. França), 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 corte suprema específica de direito público, com funções unicamente contenciosas (i.e. Alemanha); (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 (i.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* (i.e. Inglaterra):

No período pré-republicano, tinha-se uma jurisdição administrativa de funções consultivas e contenciosas, apesar de o Conselho de Estado do Império ter sido espelhado na primeira versão do Conselho de Estado francês, com uma “justiça

²¹ CANE, op. cit.

retida” nas mãos do Imperador, sem funções verdadeiramente jurisdicionais ou delegadas. Apenas com a Constituição de 1891 que o direito brasileiro conheceu a jurisdição administrativa, mas, a essa altura, com as características dos sistemas do *common law*, no âmbito de tribunais que transitavam tanto pelo direito público quanto pelo direito privado. 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 apelação²⁸. 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/STJ³⁰. 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/TSE³¹.²²

Entretanto, o panorama atual da jurisdição administrativa no Brasil contém traços de deformidade e/ou inadequação; alguns deles a serem tratados a seguir, quais sejam: (i) funções não-jurisdicionais a cargo do Judiciário; (ii) um Judiciário à beira do colapso, devido a uma judicialização exacerbada, crescente e incontrolável; (iii) inobservância dos ditames do devido processo legal na seara administrativa; (iv) uma atuação judicial jurisdicional ampla, que não se limita a uma revisão propriamente dita.

4.2 Sintomas da crise de identidade: o ornitorrinco institucional

Vive-se uma crise de identidade no modelo de justiça administrativa do Brasil.

Com o advento da Proclamação da República, o modelo jurisdicional norte-americano incorporou-se à cultura brasileira de direito administrativo. Sem prévia contextualização e em plena desarmonia, concebeu-se uma justiça administrativa brasileira no *modus operandi* anglo-saxão, em uma tradição jurídica romano-germânica a produzir efeitos em plena *terra brasilis*. Uma espécie de “ornitorrinco institucional”.

4.2.1 Análise da intensidade do controle judicial

Andreas Krell enfatiza a necessidade de controle, fiscalização e coordenação recíproca (*checks-and-balances*) entre os diferentes órgãos do Estado Democrático de Direito²³; para

²² PERLINGEIRO, Ricardo. A justiça administrativa brasileira comparada. *Revista CEJ*, Brasília, ano XVI, n. 57, p. 14, maio/ago. 2012.

²³ KRELL, Andreas J., *Discrecionalidade administrativa e proteção ambiental: o controle dos conceitos jurídicos indeterminados e a competência dos órgãos ambientais*. Um Estudo Comparativo. Porto Alegre: Livr. do Advogado, 2004. p. 46 et seq.

tanto, sustenta que cabe ao enfoque jurídico-funcional (*funktionell-rechtliche Betrachtungsweise*), isto é, a divisão de funções especializadas, a delimitação dos âmbitos próprios da Administração e dos órgãos jurisdicionais.²⁴

Em âmbito jurisdicional administrativo, a vinculação do administrador à juridicidade corresponderia ao maior ou menor grau de intensidade de controle dos seus atos. Nesse cenário, a *expertise* técnica e a observância às garantias do devido processo legal pelas autoridades administrativas poderão ser decisivas na definição da espessura do controle judicial. Assim, o alcance e a intensidade da jurisdição administrativa deveriam ser proporcionais ao nível de especialização dos órgãos estatais que a exercem. Quanto maior for o alcance e a intensidade da jurisdição antes da constituição da decisão administrativa (controle prévio), menor será o papel dos órgãos destinados a uma jurisdição *a posteriori* (controle posterior). É nesse sentido que Gustavo Binenbojm defende o estabelecimento de critérios de uma dinâmica *distributiva* “funcionalmente adequada” de tarefas e responsabilidades entre Administração e Judiciário, ao invés de uma predefinição *estática* de intensidade do controle judicial sobre atos administrativos.

Entretanto, o que se observa no Brasil é justamente um grave desequilíbrio: o Judiciário com amplos poderes diante de uma Administração debilitada. Uma suposta “luta” travada contra as arbitrariedades administrativas que mais serviu para desencadear uma judicialização administrativa exacerbada – que ignora solenemente a importante dimensão de especialização técnico-funcional do princípio de separação dos poderes e os influxos do princípio democrático sobre a atuação do Poder Executivo.²⁵

O sistema tem falhado. E a sobrecarga do Judiciário é o seu sintoma mais evidente.

4.2.1.1 Judiciário abarrotado vs Administração debilitada

Segundo o Conselho Nacional de Justiça (CNJ), o Judiciário finalizou o ano de 2017 com 80,1 milhões de processos em tramitação, sendo que mais da metade (53%) desses processos se referia à fase de execução – processos tidos como principais responsáveis pela alta trava de congestionamento do Poder Judiciário.²⁶ Não há como definir quantitativamente o percentual de todas as causas envolvendo autoridades públicas, porém é certo que ultrapassaram os 53%. Extrai-se dos dados, portanto, que o sistema judiciário e suas leis processuais não são os únicos vilões do congestionamento do Judiciário.

O diagnóstico é claro: a estrutura das autoridades administrativas em muito corroboram com o seu abarrotamento.

²⁴ Ibid., p.46.

²⁵ BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria de direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*. Rio de Janeiro: Renovar, 2014. p. 40.

²⁶ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Relatório Justiça em Números 2018*. Brasília: CNJ, 2018. p. 125.

Nesse sentido, tem-se, por um lado, a excessiva intensidade no controle judicial e, por outro, uma cômoda delegação ao Judiciário das causas administrativas. O desequilíbrio dessa balança clama por uma análise de dois gargalos na justiça administrativa brasileira: (i) o déficit de especialização das autoridades administrativas em matéria de direitos fundamentais e (ii) os ritos procedimentais despidos do devido processo legal.

4.2.1.2 Déficit de especialização administrativa em matéria de direitos fundamentais

Em cotejo com considerações ligadas à separação de poderes, é poder primordial dos juízes o resguardo do sistema de direitos fundamentais – o que os confere um controle mais acentuado sobre a atuação administrativa, respeitado sempre o *espaço de conformação* que houver sido deixado pela diretriz normativa. Assim, se as pontuações feitas pelo administrador na conjugação entre interesses coletivos e direitos fundamentais revelarem-se desproporcionais ou irrazoáveis, caberá ao Poder Judiciário proceder a sua invalidação.

A equação é lógica: quanto mais efetiva a atuação administrativa na proteção dos direitos fundamentais, maior a confiança dos cidadãos nas autoridades, maior a deferência judicial em favor das autoridades, e menor a necessidade do Judiciário e da sua especialização em direito administrativo.²⁷

Em matéria processual, a abertura democrática com a Constituição Federal de 1988 veio ampliar o escopo de aplicação do *due process of law* – assegurando as garantidas do devido processo legal não só em processos judiciais, mas também em processos administrativos, como se depreendendo art. 5º, LIV e LV, *in verbis*:

ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal e aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes.²⁸

Trata-se de uma norma constitucional a irradiar as garantias do devido processo legal na esfera administrativa, abrindo importantíssimo caminho para a consolidação de uma jurisdição administrativa de fato. Ainda, a lei geral de processos administrativos, a Lei 9.784/99, explicita as garantias do devido processo legal aplicáveis às decisões: direito de petição e direito de defesa; direito ao contraditório; direito ao duplo grau de jurisdição; direito à defesa técnica e direito à gratuidade; princípio da informalidade; princípio da oficialidade; princípio da boa-fé processual; princípio da imparcialidade; e princípio da duração em tempo razoável, este também com previsão expressa na Constituição (Art. 5º, LXXVIII).

²⁷ Ibid., p. 125.

²⁸ BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*.

Entretanto, a importância destes ditames normativos não aparentam ter sido suficientemente mensurados pelo direito administrativo brasileiro.

No Brasil, ainda hoje, após 20 anos da edição da Lei Geral de Procedimento Administrativo (Lei 9.784) e 30 anos da promulgação da Constituição, o direito brasileiro ainda desconhece as nuances do *judicial review* e os efeitos, em um processo judicial, e do *due process of law* em sede administrativa. Ainda que se imponha o *due process of law* nos processos administrativos, a Administração ainda vive no tempo em que os atos administrativos eram ditados sem permitir a defesa e o contraditório prévios:

O direito brasileiro desconhece, até hoje, as nuances do *judicial review* e os efeitos, em um processo judicial, do *due process of law* aplicado na preparação de uma decisão administrativa. É tradição do sistema jurídico dos Estados Unidos, Reino Unido e Austrália, por exemplo, que a fase preparatória das decisões administrativas se dê mediante um prévio contraditório efetivo, em que as fases investigatória e decisória sejam conduzidas por agentes diversos e por instituições com relativa independência, quase-judicial. É essa a ideia que eles têm de devido processo legal na esfera administrativa não judicial. Em consequência, a possibilidade de revisão judicial (*judicial review*) tende a limitar-se aos casos em que a decisão administrativa ofende a razoabilidade.²⁹

O que se observa é que, no Brasil, ainda não está consolidada a noção de um processo administrativo (não judicial) justo. Convive-se com uma Administração acomodada na legalidade estrita, delegando “comodamente” ao Judiciário o reconhecimento de direitos baseados na Constituição e nas Convenções Internacionais de Direitos Humanos. Uma Administração que assume uma postura de resistência em cumprir os princípios fundamentais, ainda que concretizados nas normas de procedimento administrativo; seja por seu desconhecimento, seja por uma mentalidade comum ao agente público – mais comprometida com o princípio da hierarquia com que os direitos fundamentais.

5. Considerações finais

Reformar é preciso.

Entretanto, para uma reforma bem executada, é preciso, em um primeiro momento, endereçar gargalos estruturais, quais sejam: (i) o aperfeiçoamento técnico das denominadas “autoridades administrativas”, para, sob estrita observância direitos fundamentais, caminharmos rumo a uma (ii) diminuição considerável da intensidade de controle judicial de atos administrativos e, assim, à conquista de (iii) maior autonomia da justiça administrativa brasileira.

²⁹ PERLINGEIRO, Ricardo. A justiça administrativa brasileira comparada. *Revista CEJ*, Brasília, ano XVI, n. 57, p. 14, maio/ago. 2012.

Propõe-se um desenho institucional mais próximo do sistema francês de jurisdição dualista; considerando, evidente, as peculiaridades inerentes ao sistema brasileiro. A proposta é, portanto, a de uma dinâmica distributiva, funcionalmente adequada, de tarefas e responsabilidades entre Administração e Judiciário, sem uma predefinição estática de intensidade do controle judicial sobre atos administrativos. Isto é: quanto mais estrita a observância ao devido processo legal em vias administrativas, maior autonomia contenciosa da Administração.

É nesse cenário que advogo pela qualificação e fortalecimento das autoridades administrativas a partir de uma agenda de (i) formação das autoridades em matéria de direitos fundamentais e (ii) maior rigor no controle de convencionalidade no que tange aos ditames da Convenção Americana de Direitos Humanos, com vistas ao devido processo legal em vias administrativas. Primeiro, porque, com autoridades independentes, as decisões são dotadas de maior rigor técnico e grau de qualidade, ampliando-se a credibilidade do sistema como um todo. Segundo porque, por esta via, se desobriga a uma litigância oca e ineficiente, na qual incumbe ao Judiciário rever amplamente as decisões administrativas, bem como as demandas repetitivas fundadas na interpretação de norma e leis.

Do contrário, ter-se-á eternamente direito a um processo dotado das garantias do devido processo legal apenas no âmbito de uma estrutura judiciária e especializada.

Trata-se de medidas que pretendem propiciar amadurecimento institucional à justiça administrativa brasileira, de modo a conferir-lhe maior credibilidade, independência e autonomia no proferimento de suas decisões; e, em última instância, a desobstrução do Judiciário.

Referências

- ACHEM, Daniel Wunder. Processos administrativos reivindicatórios de direitos sociais: dever de decidir em prazo razoável vs. silêncio administrativo. *Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 14, n.56, p. 147-175, 2014.
- ADELMAN, Miriam. Visões da pós-modernidade: discursos e perspectivas teóricas. *Sociologias*, Porto Alegre, ano 11, n. 21, p. 184-217, jan./jun. 2009.
- AITH, Fernando. Políticas públicas de Estado e de governo: instrumentos de consolidação do Estado Democrático de Direito e de promoção e proteção dos direitos humanos. In: BUCCI, Maria Paula Dallari (Org.). *Políticas públicas: reflexões sobre o conceito jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 217-245.
- AMARAL, Diogo Freitas do. *Curso de direito administrativo*. 3 ed., v. I. Coimbra: Almedina, 2006.
- ANDRADE, José Carlos Vieira de. *A justiça administrativa: Lições*. 9 ed. Coimbra: Almedina, 2007.
- ANTHONY, Gordon. Administrative justice in United Kingdom. *Italian Journal of Public Law*, v. 7, n. 1, p. 9-33, 2015. Disponível em: <https://pure.qub.ac.uk/portal/files/16522070/Administrative_justice_in_the_UK.pdf>. Acesso em: 21 jun. 2019.
- ASIMOW, Michael. Five models of administrative adjudication. *American Journal of Comparative Law*, v. 63, p. 3-32, 2015. Disponível em: <<http://static.elmercurio.com/Documentos/Legal/2017/10/30/2017103013248.pdf>>. Acesso em 21 de junho de 2019.
- BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. Breves reflexões sobre a jurisdição administrativa: Uma perspectiva de direito comparado. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 211, p. 65-77, jan. 1998
- BALKIN, Jck M. What is a post modern constitutionalism. *Michigan Law Review*, v. 90, p. 1966-1990, June 1992. Disponível em: <https://digitalcommons.law.yale.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1274&context=fss_papers>. Acesso em: 21 jun. 2019.
- BINEMBOJM, Gustavo. *Uma teoria de direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*. Rio de Janeiro: Renovar, 2014.
- BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*.
- BUCCI, Maria Paula Dallari. As políticas públicas e o direito administrativo. *Revista Trimestral de Direito Público*, n. 13, p. 134-144, 1996.
- BUCCI, Maria Paula Dallari. O conceito de política pública em direito. In: BUCCI, Maria Paula Dallari (Org.). *Políticas públicas: reflexões sobre o conceito jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 1 – 47.
- CANE, Peter. *Controlling administrative power. An historical comparison*. Cambridge: Cambridge University Press, 2016.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryan. *Acesso à Justiça*. Tradução Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris Editora, 1988.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 30 ed. São Paulo: Atlas, 2016.

CHEVALIER, Jacques. *L'état post-moderne*. 2 ed. Paris: L.G.D.J, 2004.

CONSEIL d'ETAT. *La juridiction administrative*, [s.d.]. Disponível em: <<https://www.conseil-etat.fr/tribunaux-cours/la-juridiction-administrative>>. Acesso em: 21 jun. 2019.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Relatório justiça em números 2018*. Brasília: CNJ, 2018.

COUTINHO, Juliana Ferraz; PERLINGEIRO, Ricardo. *Direito administrativo de garantia: contributos sobre os mecanismos de proteção dos administrados (Due Process in Administrative Law: Contributions to the Mechanisms of Protecting Citizens' Rights)*. Porto: Biblioteca Red, 2018. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=3169613>>. Acesso em: 21 jun. 2019.

CRETELLA JÚNIOR, José. Direito administrativo inglês. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, v. 25, n.99. p. 69-90, jul./set. 1988.

DICEY, Albert Venn. *Introduction to the study of the law and constitution*. 10th ed. London: Martin's Press, 1962.

FERRAZ, Sérgio; DALLARI, Adilson. *Processo administrativo*. 2.ed. San Paolo: Malheiros, 2007.

GOMES, Manuel Eduardo Alves Camargo e. A institucionalização do Ombudsman no Brasil. *R. Dir. Adm.*, Rio de Janeiro, v. 167, p. 1-21, jan./mar. 1987.

GUALAZZI, Eduardo Lobo Botelho. *Justiça administrativa*. São Paulo: Revista Forense, 1986.

GUTMANN, Amy; THOMPSON, Dennis. *Why deliberative democracy?* Princeton: Princeton University Press, 2004.

HARRIS, Michael; PARTINGTON, Martin (Ed.). *Administrative justice in the 21ST Century*. Oxford: Hart Publishing, 1999.

HOWLETT, Michael; RAMESH, M. *Studying public policy: policy cycles and policy subsystems*. Toronto: Oxford University Press, 1995.

JORDÃO, Eduardo. *Controle judicial de uma administração pública complexa: a experiência estrangeira na adaptação da intensidade do controle*. São Paulo: Malheiros - SBDP, 2016.

JÚNIOR, Wallace Paiva Martins. *Transparência administrativa: publicidade, motivação e participação popular*. São Paulo: Saraiva, 2004.

_____. Martins. *Transparência administrativa: publicidade, motivação e participação popular*. São Paulo: Saraiva, 2004.

KRELL, Andreas Joachim, *Discrecionalidade administrativa e proteção ambiental: o controle dos conceitos jurídicos indeterminados e a competência dos órgãos ambientais*. Um Estudo Comparativo. Porto Alegre: Livr. do advogado, 2004.

LEITE, Celso Barroso. *Ombudsman- Corregedor Administrativo*. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1975.

MACKIE, Karl J. *A Handbook of Dispute Resolution- ADR in action*. London: Taylor & Francis Group, 1991.

MEDAUAR, Odete. *A processualidade no direito administrativo*. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

MORAN, Michael; REIN, Martin; GOODIN, Robert E (Org.). *The Oxford handbook of publicpolicy*. Oxford: Oxford University Press, 2006.

PERLINGEIRO, Ricardo. A Justiça administrativa brasileira comparada. *Revista CEJ*, Brasília, ano XVI, n. 57, p. 6-18, maio/ago. 2012. Disponível em: <https://www.researchgate.net/profile/Ricardo_Perlingeiro/publication/235220682_A_Justica_Administrativa_Brasileira_Comparada_Comparative_Administrative_Justice_in_Brazil/links/0fcfd511184d-4609ff000000.pdf>. Acesso em: 21 jun. 2019.

PERLINGEIRO, Ricardo. Uma perspectiva histórica da jurisdição administrativa na América Latina: tradição europeia-continental versus influência norte-americana. *Revista de Investigações Constitucionais*, Curitiba, v. 2, n. 1, p. 92, jan./abr. 2015.

_____. Administrative functions of implementation and adjudication guided by primacy of fundamental rights. *British Journal of American Law Studies*, 2017. Disponível em: <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3124205>. Acesso em: 21 jun. 2019.

_____. Desafios contemporâneos da justiça administrativa na América Latina. *Revista de Investigações Constitucionais*, Curitiba, v. 4, n.1, p. 167-205, abr. 2017. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=2919991>>. Acesso em: 21 jun. 2019.

_____. Justiça administrativa no Brasil: uma jurisdição administrativa judicial, extrajudicial ou híbrida? *Revista CEJ*, Brasília, ano XVIII, n. 62, p. 71-78, 2014. Disponível em: <<https://papers.ssrn.com/abstract=2390775>>. Acesso em: 21 jun. 2019. >

_____. O devido processo administrativo e a tutela judicial efetiva: um novo olhar? (Administrative Due Process of Law and Effective Judicial Protection: A New Perspective?). *Revista de Processo*, São Paulo, v. 239, p. 293-331, jan. 2015. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=2511545>>. Acesso em: 21 jun. 2019.

_____. Uma perspectiva histórica da jurisdição administrativa na América Latina: tradição europeia-continental versus influência norte-americana. *Revista de Investigações Constitucionais*, Curitiba, v. 2, n. 1, p. 89-136, jan./abr. 2015. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.5380/rinc.v2i1.43103>>. Acesso em: 21 jun. 2019.

_____. *Procedimento administrativo e processo administrativo latino-americanos: compilação de leis nacionais*. 1 ed. Rio de Janeiro: EMARF, 2017.

RAWLS, John. *A theory of justice*. Londres: Harvard University Press, 1971.

RIVERO, Jean. *Direito administrativo*. Coimbra: Almedina, 1981.

SOUZA, Rafael Soares. *Justiça administrativa: o sistema brasileiro*. 2014. Dissertação (Mestrado em Direito do Estado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014.

STEINER, George A; MINER, John B. *Política e estratégia administrativa*. São Paulo: Ed. USP, 1981.

THOMAS, Robert. Administrative justice, better decisions, and organisational learning. *Public Law*, 2015. *Forthcoming*. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=2477969>>. Acesso em: 21 jun. 2019.

UNITED KINGDOM. *Tribunals, courts and enforcement Act 2007*.

WERNECK, Augusto. Direito administrativo e direitos fundamentais- uma abordagem do princípio constitucional da eficiência dos atos da Administração Pública. *Revista de Direito da Associação dos Procuradores do Novo Estado do Rio de Janeiro*, Rio de Janeiro, v. XII, 2003.

Parte 2

Atuações Administrativas

Capítulo 5: Pelo Devido Processo Administrativo | *Fernando Reverendo Vidal Akaoui; Marcelo Lamy; Danilo de Oliveira* - 107

Capítulo 6: A Necessária Imparcialidade das Autoridades Fiscais: uma Nova Abordagem das Funções de Julgamento no Contencioso Fiscal Brasileiro | *Lara de Souza Bitencourt* - 128

Capítulo 7: Proteção da Confiança Legítima: Dever Exclusivo dos Tribunais? | *Augusto Moutella Nepomuceno* - 156

Capítulo 8: A Jurisdição Administrativa como um Essencial Controle das Agências Reguladoras | *Paulo André Espírito Santo Bonfadini* - 188

Capítulo 5

Pelo Devido Processo Administrativo

Fernando Reverendo Vidal Akaoui

Marcelo Lamy

Danilo de Oliveira

Resumo

O presente artigo pretende demonstrar que, apesar do processo administrativo contemporâneo ter garantias em relação à necessidade de um devido processo legal, algumas práticas antigas, de um momento histórico em que o processo administrativo estava a serviço da Administração Pública, sem se importar com o administrado, ainda são observadas. Procuramos demonstrar que há necessidade de uma leitura adequada das normas vigentes, de sorte a conferir ao processo administrativo as garantias constitucionais e legais que efetivamente o administrado merece, em verdadeira admissão de que este não está sempre errado, e tem o direito de enfrentar a Administração Pública com paridade de armas. O que se propõe, em verdade, é um novo processo administrativo.

Palavras-chave

Devido processo administrativo, novo processo administrativo, princípios do processo administrativo

Sumário

- 1. Introdução ou pressupostos para reflexão**
- 2. Processo administrativo liberal ou Modelo francês**
- 3. Processo administrativo no Estado social**
 - 3.1 Mudança em terras estrangeiras
 - 3.2 Impacto do Estado social de Direito
 - 3.3 Necessidade de revisão do processo administrativo
- 4. Paradigmas estruturantes de um novo processo administrativo**
 - 4.1 Direito de petição e de acesso
 - 4.2 Exigência do juiz natural e proibição do juízo de exceção
 - 4.3 Contraditório e ampla defesa
 - 4.4 Tratamento isonômico diante da impessoalidade, inocência e vulnerabilidade
 - 4.5 Publicidade e eficiência
 - 4.6 Prova ilícita e ilegítima
 - 4.7 Motivação
 - 4.8 Recurso ou duplo grau de jurisdição
- 5. Considerações finais**

1. Introdução ou pressupostos para reflexão

As decisões fundamentais de uma sociedade política, especialmente quando extravasadas na Constituição de um Estado, determinam como a Administração Pública deve ser organizada e sob que parâmetros tem de funcionar e atuar.

Um Estado que fez a opção fundamental pela democracia e pela prevalência dos direitos humanos passa a ter de ser informado em sua estrutura e em sua dinâmica por essa escolha. Não pode haver nada que prejudique, perturbe ou impeça esse matiz. Todo órgão, organismo e entidade administrativa, assim como todas as funções administrativas tornam-se legitimadas apenas se, mais do que compatíveis, forem adequadas para realizar a opção fundamental.

O norte fundamental escolhido pela sociedade política brasileira hodierna foi o democrático, visando repelir toda e qualquer forma de poder arbitrário, não importando como seja revestido (de autoritarismo ou de despotismo, por exemplo).

As sociedades e as Constituições atuais, imersas nesse ideário, armaram-se de parâmetros fundamentais: definiram como deveria ser a estrutura de muitos de seus órgãos, organismos e entidades administrativas – para que fossem integrados por representantes da sociedade e dessa forma realizassem o paradigma democrático; estabeleceram regras ou limites para a dinâmica de suas atuações – direitos e garantias fundamentais inerentes ao próprio processo.

O devido processo passou a ser compreendido como o instrumental legitimador do exercício do poder. Razão pela qual ele passou a ser visto naturalmente como matéria fundamental a ser desenhada pelas Constituições democráticas, para assim aplainar a trilha autoritária, para sepultar os vetustos percursos inquisitoriais, realizados em porões mal iluminados e revestidos de motivos recônditos. Essas são razões que explicam a constitucionalização do processo ter se operado em diversas Constituições do século XX.¹

Desde o momento em que se compreendeu que a atividade administrativa teria de ser formalizada segundo um processo que permitisse assegurar os direitos do cidadão, que viabilizasse sistemas de controle do poder, a doutrina jus-administrativa deslocou-se de seu polo tradicional (o ato administrativo) e passou a investir no processo administrativo. Vislumbrou-se a imprescindibilidade da transformação do processo administrativo.

A partir de então, compreendeu-se que o exercício do poder administrativo (do qual emana a tomada de decisão administrativa) há de ser precedido de processo administrativo, para o qual a que se garantir regramento tão rigoroso quanto aos do processo judicial.

Na Constituição Federal encontramos um desenho jurídico estruturante da Administração Pública e do Processo Administrativo, enquanto na legislação infraconstitucional encontramos os instrumentais para a realização e a efetivação concreta do que a Lei Maior

¹ O CPC/2015 inicia-se expressamente por meio normas fundamentais do processo civil (arts. 1º a 12) que, na verdade, em sua maioria nada mais são que repetições de idênticas normas constitucionais (CF/1988).

previu. Em prol da unidade do ordenamento jurídico e em respeito à hierarquia constitucional, não pode existir qualquer tensão, divórcio ou discrepância entre as dimensões constitucional e infraconstitucional.

Ocorre, no entanto, que algumas discrepâncias podem nos passar despercebidas, pois as fontes intelectuais primevas de cada arcabouço jurídico (do Direito Constitucional e do Direito Administrativo) percorreram trilhas diversas.

Existe, sem dúvida, um compromisso constitucional fundante relativo ao modelo jurídico que deve presidir o processo administrativo. Esse compromisso, estabelecido pelo texto constitucional, algumas vezes é refletido pelo texto infraconstitucional-administrativo, outras vezes não.

E não é somente nessa esfera que a inter-relação entre o Direito Constitucional e o Direito Administrativo apresenta-se desgastada. Não é apenas nesse ponto que a interdependência se vê corroída. É no mundo real, na prática do processo administrativo brasileiro que o esgarçamento de posições chega à beira do rompimento.

A conciliação que se faz necessária far-nos-á refletir sobre a necessidade de superar completamente o modelo francês de processo administrativo que ainda embebe nossas mentes.

Enquanto não alterarmos dito modelo lógico, a conciliação do processo administrativo com os princípios constitucionais soará sempre artificial. Mais ainda, verificaremos que há um fosso entre o modelo constitucional imaginado por diversos países e pelo nosso para a atuação administrativa e a realização concreta, em nosso país, do processo administrativo.

Enquanto o Direito Administrativo brasileiro não deixar a revolução copernicana da democracia e dos direitos fundamentais atuar, não superaremos alguns paradoxos.

No regime democrático, todos e cada um dos agentes administrativos respondem perante a sociedade por suas obrigações, atitudes, comportamentos e atos decisórios e, para tanto, têm de prestar contas.

Tornam-se incompatíveis com a democracia, conseqüentemente, a Administração sitiada por motivos privados, a Administração onipotente e altaneira que decide sozinha, ou que se faz silenciosa, que não explicita os motivos de seus comportamentos ou decisões, a Administração inerte.

Para evitar tudo isso, coloca-se o processo administrativo.

2. Processo administrativo liberal ou modelo francês

O modelo do contencioso administrativo francês pautou lógicas que a legislação, a doutrina e a jurisprudência brasileiras têm dificuldades de se libertar.

Em primeiro plano, destaque-se que o processo administrativo francês surgiu para garantir a defesa dos poderes públicos, da Administração Pública, e não para assegurar ou proteger os particulares.

A triste decisão de 1873, do Caso Blanco (atropelamento de uma criança de 5 anos, Agnes Blanco, por um vagão de trem que prestava o serviço público de transporte de tabaco), inaugurou o Direito Administrativo com essa marca indelével: como um estatuto de privilégios.

A justiça administrativa francesa nasceu “para” uma das partes, nasceu com um “pecado original”.

O Estado liberal francês não foi efetivamente um Estado diferente, novo, absolutamente diverso do Estado absolutista. Foi um paradoxo de rompimento e de continuidade. Foi rompimento quando se amparou em justificativas imanentes para o poder (sob o suporte dos ideários de Hobbes e de Rousseau), quando se dizia um poder limitado (sob o manto das ideias de Locke e de Montesquieu). Foi continuidade, no entanto, no seu funcionamento e na falta de controle de seus atos.

O revolucionário francês (que logicamente não se via como absolutista) criou ardil mais absolutista do que o dos seus derrotados.

Os novos possuidores do poder viam ao Poder Judiciário como um estamento da nobreza. O regime novo, agora conduzido pela burguesia, não podia, portanto, ver-se submetido a tal controle. Criou, em consequência, uma nova forma de julgamento, o contencioso administrativo.

Tal procedimento foi, no entanto, desde sua origem, carecedor de vícios semelhantes aos perseguidos; em verdade, quase dos mesmos; na prática, ampliados.

Enquanto os magistrados nobres não controlavam ao monarca, pois a ele costumeiramente se aliavam, os magistrados administrativos não controlavam ao Executivo, pois eram mais do que aliados deste, eram seus “empregados”.

O contencioso administrativo francês, sob esse ângulo, não foi uma invenção libertadora, mas sim uma herança autoritária do antigo regime aperfeiçoada, por diversos motivos, também pelo seguinte: o poder decisório dos órgãos administrativos surge por delegação e não por atribuição, de forma que o poder de decidir por último ainda repousa no superior, não há independência ou inamovibilidade.

É verdade que o legado do Estado liberal foi o princípio da legalidade, mas o modelo estatal francês não deixou qualquer legado de fiscalização. A tônica é a contrária, pois, enquanto o Rei tinha que manter os magistrados próximos de si com favores, o Administrador Público pós-revolução nem mesmo isso precisava fazer; se o julgador administrativo incomodasse, ele apenas revia o seu ato e trocava o julgador.

Nesse sentido, Vasco Pereira da Silva² aponta três ordens de razões críticas para esse modelo imaginado como novo ser percebido como fundante de um Direito Administrativo verdadeiramente autoritário e despótico:

² SILVA, Vasco Pereira da. *O Contencioso Administrativo como “Direito Constitucional Concretizado” ou “ainda por concretizar”?* Coimbra: Almedina, 1999. p. 13.

porque os tribunais administrativos se integravam na estrutura orgânica da Presidência do Conselho de Ministros; porque os juízes eram nomeados e demitidos pelo Governo, que também exercia sobre eles poder disciplinar; porque a execução das sentenças estava dependente da vontade da Administração, que tinha assim a ‘última palavra’ relativamente às decisões dos tribunais.

A terceira crítica de Vasco, por sinal, é o mais persistente mito do Direito Administrativo, embora hoje trasvestido – antes, as decisões administrativas não podiam ser impostas contra a Administração; hoje, é rara a decisão administrativa contrária aos interesses da autoridade administrativa (parece que, na prática, qualquer recurso administrativo nada mais é do que um procedimento que confirma o ato decisório anterior e prolonga os abusos iniciais).

O legado da legalidade, tal qual construída inicialmente em terras francesas, trouxe, em verdade, o problema derivado da insindicância: com o sacralismo da lei, a proteção do particular restringiu-se à esfera privada; se a lei autorizasse a Administração Pública a algo, não era possível questionar qualquer embate de interesses privados. A lei restringia a esfera de atuação pública, mas na sua seara, também libertava a Administração para atuar como quisesse.

O Estado Liberal escolheu à lei como protetora dos cidadãos e não mais aos magistrados. Dessa forma, desvalorizou-se a função judicante e os direitos subjetivos dos cidadãos afetados; sobrevalorizou-se, por outro lado, a função legislativa. Se a lei preceituava algo para a Administração Pública, insindicável tornar-se-ia a questão. Mesmo que estivesse em jogo algum direito fundamental, se a lei permitisse à Administração atuar, estaria fora de pauta qualquer confrontação com os direitos dos particulares. Ao particular restou, nessa época, apenas controlar a legalidade e o interesse público; insondável seria defender-se de alguma posição jurídica pessoal.

O modelo da Administração Pública Liberal era, em verdade, o modelo da Administração-Poder, da Administração investida de *imperium* para o que a lei lhe autorizasse atuar, da Administração executora da lei através de atos unilaterais suscetíveis de execução forçosa (contexto que apresenta o processo administrativo como mero procedimento formador de um ato administrativo final).

Não exageramos nas tintas. Vejam-se, os arquétipos iniciais, bastante autoritários, construídos por Hauriou ou por Mayer.

Mauricie Hauriou assim definia o Ato Administrativo: ato de “manifestação do poder” decorrente do exercício de “prerrogativas de decisão”, dotado de “prerrogativas de execução”.³ Otto Mayer assim o conceituava: manifestação da Administração Pública “autoritária” que “determina” o direito aplicável ao caso.⁴

³ SILVA, Vasco Pereira da. *O Contencioso Administrativo como “Direito Constitucional Concretizado” ou “ainda por concretizar”?* Coimbra: Almedina, 1999.

⁴ Ibid.

O ato administrativo era conceituado como a manifestação de um poder e o processo administrativo simplesmente como o mecanismo de formação desse ato.

Mesmo diante de novos tempos, de novos paradigmas, de um novo Estado, parece que o atual contencioso (tal qual um paciente) é cometido de recaídas misteriosas (a esse passado ora descrito). Parece que o arquétipo inicial (brevemente descrito) é configurador de nosso modo de pensar atual. Parece que é muito dificultoso pensar de modo diferente.

Não basta, no entanto, que esconjuremos os momentos sombrios (antigos e atuais), é preciso compreender e apreender esses momentos e viver com a memória deles para se vislumbrar efetivamente o que é preciso se construir no presente, para que realmente falemos de um “novo” presente e não de um “falso” presente, pois ancorado nas cristalizações dogmáticas anteriores.

O processo administrativo brasileiro atual é ainda uma herança do contencioso administrativo do tipo francês, carecedor, portanto, das mesmas falhas que o seu inspirador.

3. Processo administrativo no Estado social

A promiscuidade provocada pela confusão das atividades/funções administrativas e judicantes caracterizadora da origem do Direito Administrativo (decorrente da concentração nas mesmas mãos de ambos os poderes) viu-se parcialmente superada em alguns países, em meados do século XX, notadamente pela conversão do processo administrativo em um ‘procedimento’ tipicamente judicante, em que os órgãos judicantes administrativos conquistaram certa isenção e independência.

Isso somente foi possível após começar-se a mudar a visão do Direito Administrativo como um direito especial da Administração, como um plexo de direitos, poderes e capacidades diferentes dos particulares. Quando o Direito Administrativo começou a ser estudado como o ramo que regula as relações jurídicas entre o Estado e os particulares, começou a conversão. Quando o Direito Administrativo foi agasalhado pelas Constituições, começou a transformação.

3.1 Mudança em terras estrangeiras

A Alemanha, pelo artigo 19 (4) da Lei Fundamental de Bonn, de 1949, tornou a Justiça Administrativa integralmente jurisdicionalizada e destinada à proteção plena e efetiva dos direitos dos particulares:

(4) Toda pessoa cujos direitos sejam vulnerados pelo poder público, poderá recorrer à via judicial. Se não houver outra jurisdição competente para conhecer o recurso, a via será a dos tribunais ordinários.

De forma semelhante, revolucionou a Constituição Italiana de 1948 (embora a jurisdição do Conselho de Estado italiano tenha se operado desde a Lei nº 62, de 1907 e a consolidação da jurisdição administrativa autônoma tenha se dado pela Lei nº 2840, de 1923). O diferencial residiu no abandono da exigência da “impugnação administrativa necessária”.

Art. 24 - Todos podem recorrer em juízo para a tutela dos próprios direitos e interesses legítimos. A defesa é um direito inviolável em cada condição e grau de procedimento. São assegurados aos desprovidos de recursos, mediante instituições apropriadas, os meios para agir e defender-se diante de qualquer jurisdição. A lei determina as condições e as modalidades para a reparação dos erros judiciários.

Art. 113 - Contra os atos da administração pública, é sempre admitida a tutela jurisdicional dos direitos e dos interesses legítimos, perante os órgãos de jurisdição ordinária ou administrativa. Essa tutela jurisdicional não pode ser excluída ou limitada a particulares meios de impugnação ou para determinadas categorias de atos. A lei determina quais órgãos de jurisdição podem anular os atos da administração pública, nos casos e para os efeitos previstos pela lei.

A Espanha, por sua vez, tornou os tribunais administrativos tribunais especiais dentro da jurisdição comum. Desde a Lei Maura de 1904 criou-se uma Sala de Contencioso administrativo no Supremo Tribunal de Justiça. Posteriormente, as leis nº 27/1956 e 26/1978 desenvolveram a concepção. Assunto que se viu regulado pela Ley nº 29, de 13.07.1998, conhecida como a Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

A Constituição Portuguesa de 1976 capitaneou a mesma mudança:

Artigo 212º (Tribunais administrativos e fiscais) (...) 3. Compete aos tribunais administrativos e fiscais o julgamento das acções e recursos contenciosos que tenham por objecto dirimir os litígios emergentes das relações jurídicas administrativas e fiscais.

Artigo 268º (Direitos e garantias dos administrados) (...) 4. É garantido aos administrados tutela jurisdicional efectiva dos seus direitos ou interesses legalmente protegidos, incluindo, nomeadamente, o reconhecimento desses direitos ou interesses, a impugnação de quaisquer actos administrativos que os lesem, independentemente da sua forma, a determinação da prática de actos administrativos legalmente devidos e a adopção de medidas cautelares adequadas.

Não se trata de mera forma, aparência ou de mero *nomen iuris* novo. Alterou-se toda a concepção que os nomes carregavam. Por exemplo, o particular deixou de ser entendido como administrado (um mero objeto de poder), para ser visto como um sujeito de direito que estabelece relações jurídicas com a Administração.

Se o particular não é somente administrado, mas sujeito, o processo administrativo não é mero mecanismo de verificar a legalidade, mas um percurso que descobre os interesses de todos os envolvidos, procurando compatibilizá-los, harmonizá-los ou, se precisar estabelecer alguma preferência, garantir os direitos fundamentais.

Mais ainda, porque os direitos fundamentais exigem uma tutela diferenciada (essa é a matriz constitucional moderna em todos os cantos), admitiu-se que tais direitos podem e devem ser discutidos nos processos administrativos, e que os processos administrativos devem ser moldados a essa nova finalidade (especialmente quando nos deparamos com os direitos à saúde, educação, cultura e meio ambiente).

3.2 Impacto do Estado social de Direito

Havia uma reforma necessária. Primeiro em nosso olhar, depois na normativa reguladora, pois a dogmática administrativa brasileira precisava ser repensada.

Estas alterações, por outro lado, não advieram apenas pelo fato de que as Constituições estrangeiras resolveram alterar o *status quo*. Em verdade, o Estado Liberal sofreu a profunda alteração e conversão em Estado Social.

Como mudou o Estado, mudaram-se as óticas estruturantes de sua organização e funcionamento.

No Estado Social, por exemplo, a Administração tornou-se prestadora, o que originou relações jurídicas duradouras entre os particulares e as autoridades públicas. A Administração deixou de ser apenas poder (emissora apenas de ordens, proibições, autorizações, concessões ou sanções), para se tornar fornecedora de bens ou de serviços. A relação entre os particulares e as autoridades deixou de ser, portanto, episódica ou conflitual, para tornar-se permanente e de colaboração.

As relações jurídicas estabelecidas entre a Administração e os particulares passaram a ocupar toda a vida dos cidadãos e não somente momentos singulares. Mais ainda, alterou-se completamente a situação dos particulares: deixaram de ser meros súditos ou meros objetos da atividade estatal para tornarem-se titulares de posições jurídicas de vantagens, ou mesmo colaboradores na realização dos fins do Estado.

É no contexto do Estado Social também que a legalidade deixou de ser mero referencial negativo (limite de não-atuação estatal), para adquirir uma dimensão positiva, a de fundamentar materialmente a atuação administrativa. A Administração Pública, no contexto do Estado Social, deixou de ser mera executora da lei, para assumir a tarefa de realizar os fins do Estado, os fins do Direito.

É no Estado Social também, em função da variedade de fins sociais a que se propôs, que a Administração Pública passou a atuar de maneira desconcentrada. Suplantou-se o modelo da Administração Unitária para incorporar o modelo multifacetado de atuações estatais. A

partir de então, o vértice da Administração burocrática tornou-se mais periférico. O centro do mecanismo passou a ser dominado pelos grandes serviços, em forma de rede (previdência, transportes, redes públicas de ensino e de saúde etc.).

É lógico que, nesse contexto novo, tem de ser diverso o papel e a utilidade do processo administrativo.

Quando o processo administrativo era o instrumento para a produção de ato de poder final, ele se imbuía da instrumentalidade.

No novo Estado (o Social), o que caracteriza a principal forma de atuação estatal é o oferecimento de bens ou serviços, e essas realidades não se esgotam; ao contrário, são repetidamente renovadas. O procedimento passa a ser, portanto, a principal (e não mais a acessória) forma de atuação estatal. Não há um resultado final, há um *iter* a ser percorrido continuamente.

Enfim, o procedimento ocupa o lugar central, antes ocupado pelo ato administrativo.

3.3 Necessidade de revisão do processo administrativo

O contencioso administrativo em diversos países (Alemanha, Espanha, Portugal, França, Itália, Reino Unido e mesmo do Direito Europeu) vê-se absolutamente jurisdicionalizado (o juiz administrativo goza de total independência, de plenos poderes perante a própria Administração) e consagrado à proteção integral e efetiva dos direitos dos particulares.

Nesses paradigmas, a jurisdição administrativa, seja uma jurisdição especial, seja uma jurisdição autônoma, não é exercida por órgãos dependentes da Administração.

Os particulares, por sua vez, gozam de direitos de acesso a um processo equitativo para a defesa de suas posições jurídicas subjetivas.

Superada ficou a visão de que o processo administrativo tinha por fim o de simplesmente assegurar o respeito às leis pelas autoridades administrativas.

Consolidada se tornou a concepção de que esse mecanismo é o caminho certo para garantir as posições jurídicas subjetivas de todos os particulares, para situar o particular em pé de igualdade com o outro polo da relação, o Estado.

Essas alterações, no entanto, ainda precisam ser amadurecidas pelo direito brasileiro.

4. Paradigmas estruturantes de um Novo processo administrativo

Vejamos os postulados, os paradigmas apontados pela Constituição de 1988 para um novo processo administrativo.

Esses paradigmas servem para conduzir nossas respostas a algumas indagações históricas: Para que instituir o processo administrativo? Para quem é estabelecido o processo administrativo? Como deve ser o processo administrativo?

4.1 Direito de petição e de acesso

A Constituição estabelece, de maneira peremptória o amplo “direito de petição” em defesa dos direitos de todos, ou contra ilegalidades dos Poderes Públicos ou contra atos de abuso de poder:

Art. 5º [...] XXXIV - são a todos assegurados, independentemente do pagamento de taxas: a) o direito de petição aos Poderes Públicos em defesa de direitos ou contra ilegalidade ou abuso de poder;

Havendo direito de petição, consolida-se o direito de acesso ao processo administrativo.

Esse paradigma viu-se consolidado na Lei nº 9.784/1999, que prevê que o processo poder ser iniciado de ofício (art. 5º) ou a pedido de qualquer interessado. Consideram-se interessados: os titulares de direitos ou interesses individuais, representados ou não, os que têm direitos ou interesses que possam ser afetados, as pessoas, organizações e associações, no tocante a direitos e interesses coletivos ou difusos (art. 9º).

Ainda, esse paradigma viu-se garantido pela normativa federal, ao se estabelecer ser vedada à Administração a recusa imotivada de recebimento de documentos (o que seria um obstáculo ao direito de petição), devendo o servidor público, diante de eventuais falhas na elaboração do pedido (dados ou documentos necessários), orientar ao interessado quanto ao suprimento que se faz necessário (art. 6º, parágrafo único).

A lei federal, portanto, bem se colocou com relação à realização desse postulado. Infelizmente, no entanto, a prática ainda não se moldou a esse viés democrático, pois não é incomum depararmo-nos com situações fáticas que impedem o exercício do direito de petição. É usual vermos servidores de protocolos não receberem ou criarem diversos impeditivos para receber pedidos de qualquer cidadão e até mesmo de outros servidores (dizemos “criarem”, pois muitas vezes não estão previstos em qualquer normativa), fazendo-se de pré-julgadores, *ab initio* indeferindo o que nem mesmo recebem.

4.2 Exigência do juiz natural e proibição do juízo de exceção

O ordenamento constitucional brasileiro também é peremptório ao estabelecer o direito ao julgamento pela autoridade competente previamente instituída, pelo juiz natural e a vedação ao juízo ou tribunal de exceção (criado após os fatos que serão julgados):

Art. 5º [...] XXXVII - não haverá juízo ou tribunal de exceção;

Art. 5º [...] LIII - ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente;

A Lei nº 9.784/1999, como regra geral, obedece à lógica do juízo natural e da proibição do juízo de exceção, ao fixar que a competência é irrenunciável e se exerce pelos órgãos ad-

ministrativos a que a competência específica foi atribuída como própria (art. 11). E, diante de eventual ausência de fixação dessa competência, estabelece uma regra geral de atribuição: a autoridade de menor grau hierárquico para decidir a questão que estiver em tela (art. 17).

Ocorre que o próprio artigo 11, *in fine*, estabelece duas exceções à competência atribuída que são contraditórias aos paradigmas constitucionais:

(1) a possibilidade de delegação de competência para outros órgãos (regrada pelos artigos 12 a 14) – que se justifica em ideias muito amplas para quem quer um Estado democrático, uma Administração sob controle; pois basta que se alegue qualquer conveniência “técnica, social, econômica, jurídica ou territorial” (esta justificativa e este rol, de fato, causam-nos espanto, pois o interesse apenas unilateral da Administração não nos parece justificativa suficiente, nem poderia a lei abrir hipóteses tão elásticas);

(2) a possibilidade de avocação temporária de competências pelo superior hierárquico do juiz natural, simplesmente por que há “motivos relevantes” (artigo 15). Essa hipótese deixa explícito aquilo que falamos nos itens anteriores: ainda somos herdeiros, não conseguimos largar os *modus operandi* de nossos antepassados franceses, apesar da evidente inconstitucionalidade.

Por outro lado, acertada foi a preocupação infraconstitucional de se estabelecer afastamentos de juízes administrativos singulares quando configurada: (A) a hipótese de impedimento – decorrente do fato de ter interesse direto ou indireto na matéria; ou de ter participado ou vir a participar como perito, testemunha ou representante; ter cônjuge, companheiro ou parente e afins até o terceiro grau que tenham participado dessas mesmas formas; estar litigando judicial ou administrativamente com o interessado ou respectivo cônjuge ou companheiro do interessado (art. 18) ou (B) a hipótese de suspeição – em função de amizade íntima ou inimizade notória com interessados ou com os respectivos cônjuges, companheiros, parentes e afins até o terceiro grau de interessados (art. 20).

Perlingeiro, ao falar da esquizofrenia da jurisdição administrativa já apontava essa mesma questão, a ofensa ao juiz natural, sob outro ângulo: a “inexistência de prerrogativas à independência efetiva das autoridades com poder de decisão”,⁵ a importância de se pensar em “autoridades administrativas independentes”.⁶

4.3 Contraditório e ampla defesa

A Constituição de 1988 inovou ao deixar explícito que o contraditório e a ampla defesa são exigências também do processo administrativo:

Art. 5º [...] LV – aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes;

⁵ PERLINGEIRO, Ricardo, O devido processo administrativo e a tutela judicial efetiva: um novo olhar? *Revista de Processo*, São Paulo, v. 239, p. 317, jan. 2015.

⁶ *Ibid.*, p. 319.

Para que exista respeito ao contraditório e a ampla defesa do cidadão interessado, é necessário verificar três dimensões protetoras desse direito fundamental:

1ª DIMENSÃO: que o cidadão receba a “informação adequada” (*informazione*), o que fora regulado na Lei nº 9.784/1999 pelos artigos 3º, II e 26 a 28.

2ª DIMENSÃO: que se dê ao cidadão a “possibilidade real de reação” (*reazione*) para impedir ou objetar a pretensão de tutela de direito material da parte *ex adversa* ou seus excessos, em igualdade de armas (com as mesmas oportunidades de argumentar; as mesmas oportunidades de provar), o que fora regulado na Lei nº 9.784/1999 pelos artigos 3º, III, e 29 a 47.

Destaque se dê à disposição do artigo 27 da normativa: o desatendimento pelo cidadão da intimação não importa em revelia; ou seja, não implica qualquer reconhecimento da verdade dos fatos, nem qualquer renúncia a direito pelo cidadão. A não-revelia, como a iniciativa de ofício, constitui uma das diferenças notórias dos processos judiciais e administrativos em nossas terras.

Destaque se dê, também, à disposição do artigo 37, que viabiliza a prova para o cidadão que alega fatos ou indica dados ou informações que somente podem ser verificados em documentos existentes na própria Administração (seja a mesma do processo administrativo ou outra). Nesse caso, a autoridade julgadora “tem de” prover (se for a mesma do processo) ou de requisitar (se for outra) tais documentos.

3ª DIMENSÃO: que, de fato, o cidadão possa “influir na formação das convicções do julgador”, o que exige a consideração pelo julgador de tudo o que o cidadão apresentou de argumentos e provas, o que fora regulado na Lei nº 9.784/1999 pelos artigos 3º, III; 38, § 1º.

A necessidade de o juiz considerar as provas dos envolvidos há muito se fala. Observe o que afirma Thomas Hobbes no *Leviatã*: “Qualquer juiz, pois, seja soberano ou subordinado, que se recusar ouvir as provas estará se recusando fazer justiça. Mesmo que a sentença seja justa, os juízes que condenam sem ouvir as provas apresentadas são juízes injustos”.⁷

Observe-se que o contraditório e a ampla defesa, como os outros direitos fundamentais, tem um regime muito restrito de limitações.

Os direitos fundamentais podem sofrer apenas as seguintes limitações: (1) as efetivadas pelo próprio texto constitucional, como são as restrições conceituais (nomeadas por alguns como restrições imanentes) – caso, para exemplificar, das restrições constitucionais ao direito de reunião, que exigem que a mesma seja pacífica; (2) as que a Constituição autoriza norma infraconstitucional estabelecer – caso, para exemplificar, das restrições que foram estabelecidas por lei para a liberdade do exercício das profissões (que passamos a nomear de profissões regulamentadas); (3) as decorrentes da colisão com outros direitos fundamentais – que podem constituir, em cada caso, limitações circunstanciais (não abstratas).

⁷ HOBBS, Thomas. *Leviatã ou matéria, forma e poder de um Estado eclesiástico e civil*. Tradução Alex Marins. São Paulo: Martin Claret, 2002. p. 206

No que diz respeito ao contraditório e a ampla defesa, a Constituição não estabelece qualquer restrição constitucional. A dicção constitucional sugere o contrário, uma necessária ampliação interpretativa, ao preocupar-se em garantir os meios e os recursos inerentes a esses institutos. Da mesma forma, a Constituição não autoriza qualquer restrição infraconstitucional a esses direitos. O contraditório e ampla defesa podem sofrer alguma limitação somente em caso de colisão, no caso concreto, e essa limitação será circunstancial, não abstrata.

Em consequência, quaisquer previsões normativas infraconstitucionais que restrinjam o contraditório e a ampla defesa, para serem salvas como constitucionais, somente podem ser interpretadas como nortes ou diretrizes de ponderação, não como restrições abstratas previamente constituídas. A constituição não autorizou, para o contraditório e a ampla defesa, tal ponderação abstrata.

Portanto, se, no caso, necessária a restrição, o julgador poderá mencionar alguma normativa infraconstitucional para construir sua justificativa de restrição, mas a simples citação normativa (que é diretriz) não justifica a restrição. Apenas as circunstâncias do caso e do entorno do caso podem justificar o que determinada lei indica ser possível restringir.

Por outro lado, faça-se a ressalva que a Súmula Vinculante nº 5, estabelece em seu enunciado ser dispensável a defesa técnica por advogado, mas estabelece também em seus precedentes (lembremos que a súmula não é só o enunciado, mas também seus precedentes) ser indispensável se o administrado é vulnerável, pois a Constituição impõe em benefício dos vulneráveis o dever de assistência jurídica integral (vide voto da Ministra Carmem Lúcia). Cá entre nós, como a ampla defesa é compreendida pelo binômio defesa técnica (patrocínio por advogado, cuja função é essencial à Justiça qualquer que seja o âmbito no qual ela se busca concretizar – CF/1988, art. 133) e autodefesa (depoimento pessoal, acompanhamento de oitivas, manifestação sobre laudo pericial etc.), o enunciado em comento quer nos parecer em desacordo com esse mandamento constitucional.

4.4 Tratamento isonômico diante da impessoalidade, inocência e vulnerabilidade

O tratamento isonômico das partes no âmbito do processo, inclusive administrativo, advém da proibição da discriminação e da ideia geral da igualdade:

Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: [...] IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade [...]

Para tratar igualmente aos envolvidos em qualquer relação jurídica, além de se ter como proscrito qualquer discriminação proibida, necessário que se tomem três cuidados especiais com relação a nossos pré-julgamentos.

Em primeiro plano, há que se dar tratamento impessoal às partes, de sorte a não personificar os envolvidos (como heróis ou como vilões), como prescreve nossa Constituição:

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência [...]

Em segundo plano, há que se considerar os envolvidos como inocentes até que se prove o contrário:

Art. 5º [...] LVII - ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória;

Em terceiro plano, há que se tratar diferenciadamente aqueles que têm alguma vulnerabilidade específica, pois tratar igualmente aos iguais nas proporções de suas igualdades e tratar desigualmente os desiguais nas proporções de suas desigualdades é o paradigma. Esta a razão que justifica a Lei nº 9.784/1999 ter estabelecido prioridades para os de idade igual ou superior a 60 anos, às pessoas com deficiência e com determinadas doenças (artigo 69-A). Não se pode olvidar, antes disso, da “absoluta prioridade” constitucionalmente estabelecida em prol das crianças e dos adolescentes, cuja observância é devida pela sociedade e pelo Estado (art. 227).

4.5 Publicidade e eficiência

A publicidade é estabelecida em nosso ordenamento constitucional em três momentos relevantes. Em primeiro lugar, a Constituição Federal autoriza a lei a restringir a publicidade dos atos processuais somente para a defesa da intimidade ou do interesse social (art. 5, LX) e da vida privada, da honra e da imagem das pessoas (art. 5, X). Em segundo lugar, a Constituição Federal reforça a necessidade de a Administração Pública se pautar pelo princípio da publicidade (art. 37, *caput*). Por fim, mais adiante, a Constituição Federal (art. 93, X) estabelece que as decisões administrativas dos tribunais sejam tomadas em sessões públicas (embora seja possível desse comando extrair um princípio para todas as decisões administrativas de todos os Poderes).

Sigilo na tomada de decisão, razões não confessadas, interesses não-revelados, revelações apenas para pessoas ou grupos privilegiados, ausência de transparência são incompatíveis com o Estado Democrático de Direito.

Ressalte-se que o âmbito administrativo não sofre apenas de falta de publicidade quanto à tomada de decisão, mas também da falta de publicidade do próprio *iter*, do caminho, do percorrer processual, pois, infelizmente, ainda vivenciamos processos administrativos que se perdem no *iter*, escondem-se, ingressam nos limbos das gavetas.

Razão, entre outras, pela qual a Constituição Federal brasileira ordena que se respeite a razoável duração do processo administrativo, a celeridade pertinente de sua tramitação (artigo 5º, LXXVIII), e que a Administração Pública obedeça ao princípio da eficiência (artigo 37, *caput*).

Nesse sentido, a Lei nº 9.784/1999 não deu grandes passos. Mas, de qualquer forma, fixou alguns pontos relevantes, como os seguintes: atenção à urgência diante de risco de dano (artigo 23), prazo geral de cinco dias para a prática dos atos do *iter* processual (artigo 24), prazo de 10 dias para o recurso administrativo e de 30 dias para a decisão do recurso (artigo 59).

Contudo, talvez, novamente o problema esteja no mundo fenomênico, onde as normas jurídicas gerais e abstratas não têm conseguido atingir concretude efetiva. Exemplo disso é o Código de Ética do Servidor Público Civil do Poder Executivo Federal – Decreto nº 1.171/1994 – que ao regular regras deontológicas prevê, dentre outros pontos: a “publicidade de qualquer ato administrativo [inclusive, no bojo do processo administrativo] constitui requisito de eficácia e moralidade, ensejando sua omissão comprometimento ético contra o bem comum, imputável a quem a negar”. Prevê, ainda, que as exceções à publicidade – segurança nacional, investigações policiais e interesse superior do Estado e da Administração Pública, essa última, demasiadamente aberta – deverão ser preservados em processo previamente declarado sigiloso (VII do Anexo).

No tocante à eficiência, aqui compreendida como a adoção de medidas tendentes à preservação da razoável duração do processo administrativo e da celeridade de sua tramitação, há muito nos chama a atenção o que para nós se trata de verdadeira hipótese normativa de configuração de dano material e moral, portanto, *in re ipsa*, se e quando no processo administrativo a Administração Pública, por meio de seus agentes, “usar de artifícios para procrastinar ou dificultar o exercício regular de direito por qualquer pessoa” (XV, “d”, do Anexo, do Decreto nº 1.171/1994). Ou seja, se e quando o agente público usar de artifícios para procrastinar ou dificultar o exercício regular de direito por qualquer pessoa no curso do ou por meio do processo administrativo, estarão configurados danos material e moral, conforme previsto no próprio Código de Ética. Nesse sentido, o mandamento constitucional é de que a Administração Pública responda pelo ressarcimento (art. 37, § 6º).

4.6 Prova ilícita e ilegítima

Ilícitas são as provas contrárias ao direito material no que diz respeito ao meio ou ao modo de obtenção (a sanção a esse vício pode ser: se verificada de plano, a inadmissibilidade

imediatamente; se verificada posteriormente, o banimento por meio do desentranhamento da prova do processo). Ilegítimas são as provas contrárias ao direito processual quanto à produção ou à introdução no processo (a sanção a esse vício ordinariamente é o reconhecimento da nulidade do ato probatório).

A esse regime consequencial estabelecido ordinariamente pela normativa processual (vide artigo 157 do CPP), agrega-se a consequência constitucional, pois ao repelir as provas obtidas por meios ilícitos (art. 5º, LVI), há que se reconhecer a ineficácia (sanção ordinária decorrente da inconstitucionalidade) das provas juntadas ou dos atos probatórios realizados.

São ilícitas, sem sombra de dúvidas, as provas obtidas com a prática de tortura (art. 5º, III), que violem à intimidade e à vida privada (art. 5º, X), ao domicílio (art. 5º, XI) – salvo em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou, durante o dia, por determinação judicial, ao sigilo das correspondências, dos dados e das comunicações telefônicas (art. 5º, XII) – salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal.

Admite-se, no entanto, a superação dessas consequências em três hipóteses: a) diante da legítima defesa; diante da ausência de causa legal de sigilo e diante da eventual expuração da contaminação.

Para as duas primeiras hipóteses, explicamos pela jurisprudência:

Utilização de gravação de conversa telefônica feita por terceiro com a autorização de um dos interlocutores sem o conhecimento do outro quando há, para essa utilização, excludente da antijuridicidade. Afastada a ilicitude de tal conduta - a de, por **legítima defesa**, fazer gravar e divulgar conversa telefônica ainda que não haja o conhecimento do terceiro que está praticando crime -, é ela, por via de consequência, lícita e, também consequentemente, essa gravação não pode ser tida como <prova ilícita>, para invocar-se o artigo 5º, LVI, da Constituição com fundamento em que houve violação da intimidade (art. 5º, X, da Carta Magna)” (HC 74.678, Rel. Min. Moreira Alves, DJ 15/08/97 – grifo nosso).

a gravação de conversa telefônica feita por um dos interlocutores, sem conhecimento do outro, quando **ausente causa legal de sigilo** ou de reserva da conversação não é considerada prova ilícita” (AI 578.858-AgR, Rel. Min. Ellen Gracie, j. 04.08.2009, 2.ª T., DJE de 28.08.2009 – grifo nosso. Cf., ainda, RE 630.944-AgR, j. 25.10.2011, 2.ª T.).

As provas derivadas diretamente das provas tidas por inadmissíveis também são contaminadas pela impossibilidade de serem utilizadas. Se as provas forem caracterizáveis como independentes (a fonte é independente, art. 157, §1º do CPP) ou como inevitáveis (a descoberta seria inevitável, art. 157, §2º do CPP) afasta-se a aplicação da teoria da contaminação.

Se a contaminação for expurgada ou tiver sua conexão atenuada (prova derivada ilícita é acompanhada de prova lícita independente que confirma a mesma conclusão), admite-se sua permanência no processo.

4.7 Motivação

A Constituição impõe a motivação das decisões administrativas proferidas pelos tribunais:

Art. 93 [...] X - as decisões administrativas dos tribunais serão motivadas e em sessão pública, sendo as disciplinares tomadas pelo voto da maioria absoluta de seus membros;

Como antecipamos, o comando projeta-se não apenas aos tribunais, mas à tomada de decisão administrativa de quaisquer poderes. É preciso extirpar de nossa realidade o autoritarismo do poder constituído.

É uma medida de verdadeira higiene administrativa que desempenha três funções: (1) obriga a Administração Pública a descer de seu pedestal e explicar as suas razões (aspecto pedagógico necessário para o Estado Democrático); (2) obriga a Administração a atuar com maior concreção (jurídica e de mérito); (3) permite averiguar a legalidade dos atos administrativos, bem como os fins e os motivos de cada atuação.

Alinhado ao paradigma constitucional, a Lei nº 9.784/1999, em primeiro lugar estabelece o dever de a Administração “explicitamente” emitir decisão (art. 48), em até trinta dias (art. 49). Ademais, que sejam indicados de modo claro e congruente os fundamentos de fato e de direito dos atos administrativos (art. 50).

Com mais acerto ainda, a LINDB exige que na motivação se demonstre a necessidade e a adequação da medida escolhida (art. 20), que se demonstre a proporcionalidade, visto que a anormalidade ou excesso são consideradas ilícitas (art. 21, parágrafo único).

4.8 Recurso ou duplo grau de jurisdição

É possível enxergar como decorrente do contraditório e da ampla defesa, o direito ao duplo grau de jurisdição, no momento em que a Constituição fala de todos os recursos inerentes a esses direitos:

Art. 5º [...] LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes;

A Lei nº 9.784/1999 reconhece esse direito, o direito ao recurso, em face de razões de legalidade e de mérito (art. 56 *caput*), o assegura independente da caução (art. 56, §2º), inclusive quando interposto contra autoridade incompetente (art. 63, §1º), lhes dá efeitos suspensivos se houver justo receio de prejuízo de difícil ou incerta reparação (art. 61).

Parece-nos absurda, por outro lado, a previsão do art. 64, parágrafo único, de em eventual recurso administrativo ser admitida pela lei a *reformatio in pejus*. Esse instituto, da forma em que está colocado, torna-se um obstáculo disfarçado ao direito de recorrer. Na prática, desvela verdadeira ameaça ao recorrente que se vê compelido a renunciar à busca pela plenitude de seu direito, objeto do processo administrativo, ante a flagrante ameaça de prejuízo.

5. Considerações finais

Apontou-se, nesse breve estudo, que o processo administrativo do Estado hodierno há de ser um instrumento eficaz para amarrar o exercício do poder em quaisquer dimensões de autoritarismo.

Esse olhar circunstancial e, portanto, histórico do processo administrativo, desvela a relevância de se levar a sério alguns dos princípios constitucionais estruturantes de um devido processo administrativo, de um processo oriundo de um Estado democrático.

Apesar de algumas inovações trazidas pela lei federal do processo administrativo federal serem louváveis, essa normativa ainda perpetua paradigmas de um processo administrativo de outro tempo, de um Estado que ainda não é democrático. Somente assim podemos entender ela ter enraizado a possibilidade da advocatória e da *reformatio in pejus*.

Tendo em vista que os princípios constitucionais aplicáveis ao processo administrativo corrigem de imediato a normativa infraconstitucional, defendemos que o caminho de um novo processo administrativo já pode ser percorrido. Para isso, iniciamos essa trilha que deve ser iluminada pela compreensão de que o próprio [devido] processo administrativo em si mesmo considerado é um legítimo direito fundamental – moldado por valores democráticos expressamente constitucionalizados que juridicizam o seu necessário equilíbrio com o Estado de Direito (legalidade) – tendente à efetivação doutros direitos, inclusive doutros direitos fundamentais. Ou seja, a inobservância do [devido] processo administrativo atenta contra a dignidade da pessoa humana, da mesma forma que ocorre quando da inobservância doutro direito dito fundamental.

Referências

- ARAÚJO, Edmir Netto de. *Convalidação do ato administrativo*. São Paulo: LTr, 1999.
- ARAÚJO, Edmir Netto de. *O ilícito administrativo e seu processo*. São Paulo: RT, 1994.
- BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. *Princípios Constitucionais do procedimento administrativo disciplinar*. São Paulo: Max Limonad, 1998.
- BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. *Processo administrativo disciplinar*. São Paulo: Max Limonad, 2003.
- FERRAZ, Sérgio. Processo Administrativo: prazos e preclusões. In: SUNDFELD, Carlos Ari; MUNHOZ, Guilherme Andrés (Coord.). *As leis de processo administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 280-301.
- FRANCO SOBRINHO, Manoel de Oliveira. A prova no processo administrativo. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 102, p. 1-41, out. 1970.
- GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. Devido processo legal e o procedimento administrativo. *Doutrinas essenciais de Direito Administrativo*, v. 1, p. 1105-1119, nov. 2012.
- HOBBS, Thomas. *Leviatã ou matéria, forma e poder de um Estado eclesiástico e civil*. Tradução Alex Marins. São Paulo: Martin Claret, 2002.
- MARTINS, Ricardo Marcondes. O conceito científico de processo administrativo. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 235, p. 321-381, jan. 2004.
- MOREIRA, Egon Bockmann. *Processo administrativo*. Princípios constitucionais e a Lei 9.784/1999. São Paulo: Malheiros, 2003.
- OLIVEIRA, Danilo de. Dano moral pela inobservância do devido processo administrativo previdenciário – Ofensa à dignidade da pessoa humana. In: CAMMAROSANO, Márcio (Coord.). *Controle da Administração Pública: Temas Atuais II*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016. p. 79-98.
- OLIVEIRA, Gustavo Henrique Justino de. As audiências e o processo administrativo brasileiro. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 209, p. 153-167, jul. 1997.
- PERLINGEIRO, Ricardo. O devido processo administrativo e a tutela judicial efetiva: um novo olhar? *Revista de Processo*, São Paulo, v. 239, p. 293-331, jan. 2015.
- RICCI, Edoardo F. Princípio do contraditório e questões que o juiz pode propor de ofício. In: FUX, Luiz; NERY JR, Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). *Processo e Constituição*. Estudos em homenagem ao Professor José Carlos Barbosa Moreira. São Paulo: RT, 2006. p. 495-499.
- ROCHA, Carmem Lucia Antunes. Princípios constitucionais do processo administrativo brasileiro. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 209, p. 189-222, jul. 1997.
- SANTOS, Gustavo Ferreira. A amplitude do formalismo moderado na lei federal de processo administrativo. *Revista de Direito Administrativo e Infraestrutura*, São Paulo, v.4, n. 13, p. 101-128, abr./jun. 2020.

SILVA, Vasco Pereira da. *O Contencioso Administrativo como “Direito Constitucional Concretizado” ou “ainda por concretizar”?* Coimbra: Almedina, 1999.

SLAIBI FILHO, Nagib. Direito fundamental à razoável duração do processo judicial e administrativo. *Revista da EMERJ*, Rio de Janeiro, v.3, n.10, p. 118-142, 2000.

SOARES, Evanna. Audiência pública no processo administrativo. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 229, p. 259-284, jul. 2002.

SOUZA, José Carlos Peres de; ALMEIDA, Leili Odete Campos Izumida de. Direito de ampla defesa e processo administrativo. *Doutrinas Essenciais de Direito Administrativo*, [São Paulo], v. 1, p. 1121-1128, nov. 2012.

SUNDFELD, Carlos Ari. Princípio da publicidade administrativa (Direito de certidão, vista e intimação). *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 199, p. 97-110, jan. 1995.

Capítulo 6

A Necessária Imparcialidade das Autoridades Fiscais: uma Nova Abordagem das Funções de Julgamento no Contencioso Fiscal Brasileiro

Lara de Souza Bitencourt

Resumo

O presente artigo, baseando-se na valorização e importância do contencioso administrativo fiscal federal na construção do que se entende por justiça fiscal, mergulha nas polêmicas que envolvem a estrutura e organização de seu principal órgão judicante, com o intuito de repensá-lo a partir da sintonia entre as garantias e princípios que o regem com aqueles que regem os processos judiciais. Nesse sentido, o trabalho faz uma análise do órgão de segunda instância administrativa federal, denominado Conselho Administrativo de Fiscais (CARF), responsável pela revisão de processos tributários federais no Brasil, levando à reflexão sobre como sua estrutura paritária e a falta de independência de seus conselheiros podem revelar uma violação a um dos principais princípios a ser resguardado em qualquer ato decisório: a imparcialidade do julgamento. Diante disso, inspirado no Código Modelo de Processos Administrativos – Judicial e Extrajudicial – para Ibero-América, especialmente no tocante a organização e às garantias institucionais dos magistrados vinculados ao Poder Judiciário, o artigo propõe uma reformulação no sistema de ingresso e de garantias dos conselheiros do CARF, para que este tenha mais condições de atuar como verdadeiro meio de solução de conflitos, reduzindo a judicialização exacerbada, ao passo que atende com técnica e experiência as demandas dos contribuintes.

Palavras-chave

CARF, imparcialidade, independência, garantias, justiça administrativa fiscal.

Sumário

1. Introdução
2. O papel do “Contencioso Administrativo” frente à universalidade da jurisdição
3. O processo administrativo tributário federal no Brasil
4. Princípios e garantias que regem o processo administrativo federal
 - 4.1 Princípio da legalidade
 - 4.2 Princípio da moralidade
 - 4.3 Princípio da segurança jurídica
5. Princípio da imparcialidade: Definição e relevância na construção do sentimento de justiça
 - 5.1 Imparcialidade X neutralidade
 - 5.2 Imparcialidade material e orgânica
 - 5.3 Imparcialidade X independência
 - 5.4 A (im)parcialidade de processo administrativo na jurisprudência atual
6. Realidade brasileira em matéria de contencioso fiscal
7. O código modelo de processos administrativos como fonte de inspiração para uma nova abordagem das funções de julgamento no contencioso fiscal brasileiro
8. Considerações finais

* Texto apresentado em julho de 2018 como trabalho de conclusão de Curso da graduação em Direito pela Universidade Federal Fluminense (UFF), sob orientação do Prof. Dr. Ricardo Perlingeiro.

1. Introdução

O direito à impugnação administrativa não se trata de favor da Administração Pública, mas sim, de verdadeira garantia constitucional de peticionar aos Poderes Públicos e de obter deles uma decisão. Esse direito está garantido a todos os administrados conforme se depreende do artigo 5º, inciso XXXIV, alínea *a* da Constituição Federal de 1988 e revela-se como manifestação da garantia da ampla defesa, assegurada a todos. Diante disso, o ato de impugnação aos atos administrativos primários, consiste em iniciativa do administrado que instaura seu próprio litígio, impulsionando assim, o processo administrativo. Esse direito de impugnar está associado ao direito de ter assegurado, também em esfera administrativa, todos os meios e recursos a ela inerentes, conforme previsto no artigo 5º, inciso LV da nossa Constituição.

Diante disso, é essencial demonstrar a importância e a necessidade da imparcialidade nas decisões proferidas em processos administrativos extrajudiciais, visto que, assim como os processos judiciais, o processo administrativo permite aos litigantes a revisão e até mesmo a anulação de atos eivados de ilicitude e abuso de poder, incidindo, portanto, sobre os direitos e interesses dos particulares. Nesses casos, com a finalidade de exercer o controle revisional¹ de seus próprios atos, a Administração Pública litigante é a mesma responsável pelo julgamento dos processos², fato que carece de maior atenção quando se trata de litígios tributários, pois estes não só envolvem a Administração Pública, mas também um interesse primordial para a manutenção do Estado: o arrecadatório.

Como bem nos alertou Geraldo Ataliba³:

[...] mais frequentemente se vê o Estado tentado a alterações bruscas e implementação de inovações, surpreendendo o cidadão. Daí por que foi a esse propósito que, à sua vez, deram lugar a momentos tão decisivos na história do constitucionalismo. Em 1215, a *Magna Charta Libertatum*, com decisiva motivação tributária; a Declaração de Independência dos Estados Unidos, desencadeada pelo Stamp Act; a nossa Inconfidência Mineira, com toda uma bela proposta republicana e federal [...] Tudo a mostrar que a tendência ao abuso de poder tem significativo e amplo campo de expansão na seara tributária.

¹ Segundo José dos Santos Carvalho Filho: “A revisão é o poder de corrigir as condutas administrativas, seja porque tenham vulnerado normas legais, seja porque haja necessidade de alterar alguma linha das políticas administrativas para que melhor seja atendido o interesse coletivo” (CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 30 ed. São Paulo: Atlas, 2016. p. 993).

² Conforme bem explicita Cleide Previtalli Cais: “Entre outras, podemos citar a admissibilidade, no procedimento administrativo, de ser a controvérsia instaurada pelo contribuinte decidida pela autoridade que integra a esfera política do Poder que exige o cumprimento da obrigação discutida, o que não se dá em esfera judicial” (CAIS, Cleide Previtalli. *O processo tributário*. 6 ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2009. p. 208).

³ ATALIBA, Geraldo. *República e constituição*. São Paulo: Ed. RT, 1985. p. 145.

A escolha do tema se justifica não pelo mero intuito de se intensificar no meio acadêmico essa polêmica, mas sim, para discutir aspectos intrínsecos à estrutura e composição dos processos administrativos fiscais e como esses elementos estruturais podem estar ligados a uma fragilidade do que hoje se entende por imparcialidade objetiva⁴ de um juiz ou Tribunal. Diante disso, pretende-se aqui ampliar as discussões acerca de seus aspectos controversos e que carecem de mudanças, sem, é claro, esgotá-las, mas os fazendo sempre à luz de princípios e garantias constitucionais, ou seja, sem deixar de reconhecer sua relevância e necessária permanência como um sistema que nasceu, sobretudo, para atender às demandas e questionamentos dos contribuintes.

Nesse sentido, será realizada uma análise dos principais princípios e garantias que regem o processo administrativo tributário, destacando-se o princípio da imparcialidade objetiva no julgamento, sendo este contrastado com a realidade que se revela no processo administrativo fiscal federal,⁵ mais especificamente o órgão responsável pela segunda instância, denominado CARF (Conselho Administrativo de Recursos Fiscais), tendo em vista sua relevante participação nos debates e na construção de uma jurisprudência uniforme em matéria tributária. Como aponta Cleide Previtalli Cais,⁶ “as garantias constitucionais, repercutindo em matéria processual, visam limitar o exercício do poder de tributar à lei e à Constituição”.

A partir desse panorama, optou-se pelo aprofundamento do tema sob a ótica do “Código Modelo de Processos Administrativos – Judicial e Extrajudicial – para Ibero-América”, proposto no ano de 2013 por Ada Pellegrini Grinover, Ricardo Perlingeiro e Odete Medauar, mais especificamente, no tocante à organização da justiça administrativa. A partir do estudo sobre a importância das garantias institucionais⁷ na atividade jurisdicional defendida pelo Código Modelo, o presente artigo propõe uma reflexão e questionamento acerca da possível violação da imparcialidade no julgamento dos processos administrativos fiscais, tendo em vista que os mesmos não são dotados de tais garantias, mas também promovem decisões que interferem nos direitos dos administrados.

Por fim, são tecidas considerações no sentido de que, de fato, as críticas em torno dos processos que envolvem a Administração Pública, em especial, em matéria fiscal, são compreensíveis, tendo em vista que estão em jogo vultosas quantias, além da moralidade⁸

⁴ O conceito de imparcialidade objetiva remonta a elementos basilares do processo capazes de exteriorizar para a sociedade uma probabilidade de imparcialidade no julgamento. Esse conceito será mais bem abordado em capítulo próprio.

⁵ Tendo em vista a multiplicidade de regulamentações a nível estadual e municipal, aqui será tratado apenas o processo administrativo tributário federal.

⁶ CAIS, Cleide Previtalli. *O processo tributário*. 6 ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2009. p. 127.

⁷ O presente artigo adota o entendimento de que são justamente as prerrogativas e deveres inerentes às garantias institucionais das autoridades julgadoras fiscais que garantem a imparcialidade do julgamento e, sem elas, não é possível falar em contraditório e ampla defesa no processo administrativo fiscal.

⁸ Art. 37, *caput* da CRFB/88.

e impessoalidade⁹ que devem alicerçar qualquer órgão julgador. Todavia, a motivação para novas propostas de reformulação de um sistema deveras problemático deve sempre ser maior do que a ideia de se extinguir ou abdicar de toda uma esfera julgadora com grande potencial para atender com técnica e experiência as especificidades características da área tributária. O processo administrativo fiscal desempenha um importante papel não apenas na possibilidade da Administração Pública rever seus próprios atos e aprimorá-los, mas também, e, sobretudo, na tentativa de conter a excessiva judicialização de conflitos, que atualmente se revela como um dos maiores obstáculos à efetivação do acesso à justiça no Brasil.

De acordo com o último relatório do Conselho Nacional de Justiça, o executivo fiscal representa um grande impasse na esfera judicial, refletindo questões mal resolvidas na esfera administrativa.

No quadro geral das execuções, o maior problema é a fiscal. O executivo fiscal chega a juízo depois que as tentativas de recuperação do crédito tributário se frustraram na via administrativa, provocando sua inscrição na dívida ativa. Dessa forma, o processo judicial acaba por repetir etapas e providências de localização do devedor ou patrimônio capaz de satisfazer o crédito tributário já adotadas, sem sucesso, pela administração fazendária ou pelo conselho de fiscalização profissional. Acabam chegando ao Judiciário, títulos cujas dívidas já são antigas, e por consequência, mais difíceis de serem recuperadas.¹⁰

2. O papel do “Contencioso Administrativo” frente à universalidade da jurisdição

Inicialmente, cumpre esclarecer que o que se entende por “contencioso administrativo” no Brasil difere totalmente do conhecido sistema de contencioso adotado no modelo europeu. Países como França e Itália adotaram um sistema de dualidade de jurisdições, sendo uma jurisdição administrativa e outra judicial, insuscetíveis de revisão recíproca. Já a Espanha, adotou um sistema no qual o Poder Judiciário detém a jurisdição, porém, o acesso a este está condicionado ao prévio debate e esgotamento na esfera administrativa. No Brasil, a Emenda Constitucional nº 7/1977¹¹ tentou condicionar o ingresso ao Poder Judiciário ao prévio esgotamento das vias administrativas, todavia, a Constituição de 1988 nos assegura em seu artigo 5º, inciso XXXV, que a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário, lesão ou ameaça a direito.

⁹ Ibid.

¹⁰ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Justiça em números 2017: ano-base 2016*. Brasília: CNJ, 2017. p. 113.

¹¹ Essa Emenda também previu a criação de contenciosos administrativos federais e estaduais, sem poder jurisdicional, para a decisão de questões fiscais e previdenciárias, inclusive relativas a acidentes do trabalho.

Isso significa, que o Brasil adotou o sistema de *jurisdição una* próprio da *common law*, modelo adotado nos Estados Unidos e em países da comunidade britânica. Logo, resta garantido a todos os cidadãos a inafastabilidade do controle jurisdicional por parte do Poder Judiciário, ainda que não se tenha esgotado todas as instâncias administrativas. Ou seja, um sistema no qual o Poder Judiciário é o único responsável por promover decisões terminativas – ressalvadas as decisões promovidas em sede de arbitragem¹² – podendo, assim, rever toda e qualquer decisão dada pela Administração.

Diante disso, muitos questionam qual relevância teria um contencioso administrativo fiscal num cenário em que, além de nenhuma matéria escapar à apreciação judicial, está o mais relevante órgão de revisão administrativa federal em matéria fiscal (o dito CARF), desgastado pelo histórico de corrupção e consequente perda de credibilidade perante os contribuintes.

Destaca-se aqui que esse tribunal administrativo fiscal que nos últimos anos esteve envolvido em diversas polêmicas acerca de suspeita de corrupção e *parcialidade* de decisões, sofrendo até mesmo ameaça de extinção, merece ainda nossa atenção e cuidado, visto que, embora suas decisões não escapem do controle revisional judiciário, é na esfera administrativa que se concentra a maior parte de produção probatória dos processos e ainda pelo fato de que muitas decisões judiciais, devido ao desgaste do Poder Judiciário, apenas repetem inutilmente certas etapas, se atendo até mesmo aos fundamentos das decisões já tomadas administrativamente.

É importante ressaltar também que quando se trata de matéria tributária em nível judicial, especialmente em nível de Tribunais de Justiça (competentes para processar e julgar litígios que envolvam tributos estaduais e municipais), o que se revela é não só certa carência de julgadores especializados na área, mas também a falta de meios para se rever adequadamente os fundamentos aduzidos, visto que pelo decurso de tempo, muitas dívidas são antigas, o que dificulta ainda mais, por exemplo, a localização do devedor ou de bens passíveis de garantia. Tudo isso revela a importância do processo administrativo fiscal para uma lícita e regular constituição do crédito tributário, garantindo aos contribuintes a participação no que se refere a decisão final tomada pela Administração fiscal.

Portanto, embora o presente artigo venha propor que o contencioso administrativo fiscal não é respaldado por todos os princípios e garantias institucionais necessários para se resguardar objetivamente a imparcialidade dos julgamentos, compreende também que a extinção do processo extrajudicial fiscal não pode ser considerada uma medida razoável, tampouco constitucional. A Constituição Federal, em seu artigo 5º, inciso LV, garante a existência do processo administrativo, ao afirmar que

¹² A arbitragem é meio alternativo de solução de conflitos sobre direitos patrimoniais e disponíveis. No Brasil, com a implementação da Lei nº 9.307/1996, a arbitragem passou a ser uma alternativa independente da jurisdição estatal.

aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”. Igualmente, o inciso LXXVIII do mesmo artigo garante que “a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.”¹³

Diante disso, é notória a intenção do constituinte em garantir ao processo administrativo os mesmos princípios inerentes ao processo judicial, por entender que ele se trata de um meio de acesso à justiça igualmente importante. Nesse sentido, é essencial intensificarmos no meio acadêmico as discussões que levem a novas propostas de reformulação do que hoje se entende por contencioso administrativo fiscal, para que ele possa ser aprimorado e sirva como verdadeiro instrumento social de acesso à justiça.

Nas palavras de Ataliba¹⁴:

[...] diversas razões recomendam que se crie um sistema de eliminação célere e eficaz desses conflitos, tendo em vista a harmonia fisco-contribuinte e os interesses públicos em jogo. Se todas as divergências forem submetidas ao Poder Judiciário, este submergirá sob o peso de um acúmulo insuportável de questões para julgar. Além disso – e também por isso –, tardarão muito as soluções, em detrimento das partes envolvidas. Daí a razão pela qual em quase todos os países se criaram organismos e sistemas para reduzir o número de causas instauradas perante o Poder Judiciário.

Sobre a natureza do contencioso administrativo, Ricardo Perlingeiro¹⁵ nos define como “reclamações ou impugnações de um interessado contra comportamentos de uma autoridade administrativa”. O Código Modelo¹⁶ define processo administrativo extrajudicial como um procedimento em contraditório e ampla defesa que tenha por finalidade produzir decisões administrativas, ou seja, decisões proferidas pela Administração, que versem sobre interesse ou direitos da própria Administração ou de interessados (pessoas físicas ou pessoas jurídicas de Direito Público ou Privado). Geraldo Ataliba,¹⁷ mais especificamente acerca do contencioso fiscal, nos mostra que este é um “organismo criado pelos Estados, para, sob a forma processual, permitir a discussão das pendências entre fisco e contribuinte”.

¹³ BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil* (1988). Brasília: Senado Federal, 1988.

¹⁴ ATALIBA. Recurso em matéria tributária. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, v. 25, n. 97, p. 122, 1988.

¹⁵ PERLINGEIRO, Ricardo. Desafios contemporâneos da justiça administrativa na América Latina. *Revista de Investigações Constitucionais*, Curitiba, v. 4, n. 1, p. 170, 2017.

¹⁶ Artigo 3º do Código Modelo de Processos Administrativos – Judicial e Extrajudicial – para Ibero- América (INSTITUTO IBERO-AMERICANO DE DIREITO PROCESSUAL. Código modelo de processos administrativos – judicial e extrajudicial – para Ibero-América. *Revista Eletrônica de Direito Processual*, Rio de Janeiro, v.10, n. 10, p. 8, 2012).

¹⁷ ATALIBA. Recurso em matéria tributária. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, v. 25, n. 97, p. 122, 1988.

O Executivo, portanto, além de promover suas funções típicas de promover atos administrativos e governamentais, exerce também a função atípica de produzir decisões administrativas sobre uma controvérsia em matéria de direitos dos administrados, apreciando impugnações e recursos administrativos.

Cabe ao processo extrajudicial fiscal, portanto, o importante papel de promover a regular constituição do crédito tributário, ou mesmo a desconstituição do seu lançamento, sendo neste último caso, atendida a impugnação do contribuinte que entende ser o débito indevido, parcial ou integralmente.

3. O processo administrativo tributário federal no Brasil

Considerando as especificidades que marcam esses processos em níveis estadual e municipal, o presente artigo se baseia no processo administrativo fiscal federal, unificado e uniformizado pelo Dec. Federal nº 70.235/1972 e, mais precisamente, o seu órgão de revisão: Conselho Administrativo de Recursos Fiscais (CARF).

A origem desse órgão remonta ao surgimento da cobrança do Imposto sobre a Renda no Brasil, instituído no ano de 1924, referente ao exercício de 1923. Com o intuito de proteger os contribuintes de eventuais abusos e arbítrios no lançamento do imposto, o Decreto nº 16.580, de 04 de setembro de 1924, instituiu um Conselho de Contribuintes em cada Estado e no Distrito Federal, competentes para julgar recursos referentes ao Imposto sobre a Renda. A partir de então, outros Conselhos de Contribuintes foram criados e desenvolvidos com atribuições para julgamento de matérias específicas tributárias. Com a edição da Medida Provisória nº 449, de 3 de dezembro de 2008 (convertida na Lei nº 11.941, de 27 de maio de 2009), foi criado o CARF, resultante da unificação dos Conselhos de Contribuintes até então existentes, mas mantendo a mesma natureza e finalidade dos Conselhos, qual seja, órgão colegiado, paritário, integrante da estrutura do Ministério da Fazenda e competente para julgar recursos de ofício e voluntários de decisão de 1ª (primeira) instância, bem como os recursos de natureza especial, que versem sobre a aplicação da legislação referente a tributos administrados pela Secretaria da Receita Federal do Brasil (RFB).¹⁸

De acordo com o Regimento Interno do CARF,¹⁹ cada Seção de Julgamento é composta por quatro Câmaras, que podem ser divididas em até duas Turmas de julgamento. Cada Turma é composta por oito conselheiros, sendo quatro representantes da Fazenda Nacional e quatro representantes dos contribuintes. Atualmente o CARF conta com um total de 130 conselheiros, divididos paritariamente por representantes da Fazenda Nacional – escolhidos a partir de lista tríplice enviada pela Receita Federal do Brasil, composta por candidatos

¹⁸ Redação do artigo 1º do Anexo I do Regulamento Interno do CARF.

¹⁹ O Regimento Interno do CARF é disciplinado pela Portaria MF nº 343, de 09 de junho de 2015.

atuantes como auditores fiscais –, e representantes dos contribuintes – escolhidos a partir de lista tríplice de candidatos enviada pelas confederações representativas de categorias econômicas e pelas centrais sindicais. O mandato é de dois anos e destaca-se que os conselheiros atuarão em regime de dedicação integral e exclusiva no exercício do mandato no CARF, o que para os representantes dos contribuintes que forem advogados, representa a vedação ao exercício da advocacia durante a vigência do mandato.²⁰

O julgamento dos processos administrativos tributários federais compete, em primeira instância, às Delegacias da Receita Federal de Julgamento. Em segunda instância, compete ao já mencionado Conselho Administrativo de Recursos Fiscais. Das decisões do CARF cabem: a) Embargos de Declaração, que, tempestivamente, interrompem o prazo para interposição de recurso especial; e, b) Recurso especial à Câmara Superior de Recursos Fiscais,²¹ desde que a decisão recorrida tenha dado a lei tributária interpretação divergente da que tenha dado outra Câmara, turma de câmara, turma especial ou a própria Câmara Superior de Recursos Fiscais (CSRF), sendo definitivo (administrativamente) o despacho do Presidente da CSRF que negar ou der seguimento ao recurso especial.

Vale ressaltar que os recursos interpostos pelo contribuinte em seara administrativa, conforme o disposto no inciso III do artigo 151 do CTN, suspendem a exigibilidade do crédito tributário. Porém, encerrado o processo administrativo e sendo a decisão desfavorável ao contribuinte, resta a ele sustentar sua pretensão perante o Poder Judiciário.

4. Princípios e garantias que regem o processo administrativo federal

Como bem nos esclarece James Marins²²:

[...] sempre que houver pretensão tributária formalmente resistida por um cidadão, *perante órgão judicial ou administrativo com competência para conhecer do pedido formulado*, estaremos diante de fenômeno processual tributário e todas as normas a ele aplicáveis deverão ser iluminadas e organizadas pelos princípios fundamentais que presidem a disciplina.

Os princípios são de suma importância para o ordenamento jurídico e, sobretudo, para o *processo*, pois não só preenchem as lacunas normativas e garantem uma interpretação adequada às normas, mas também se apresentam como verdadeiro norte a orientar o ordenamento jurídico e a própria atuação da Administração Pública. Como bem nos orienta Luís Roberto Barroso²³:

²⁰ O Decreto nº 8.441, de 29 de abril de 2015, dispõe sobre as restrições ao exercício de atividades profissionais aplicáveis aos representantes dos contribuintes no Conselho Administrativo de Recursos Fiscais e a gratificação de presença.

²¹ A Câmara Superior de Recursos Fiscais integra a estrutura do CARF.

²² MARINS, James. *Princípios fundamentais do direito processual tributário*. São Paulo: Dialética, 1998. p. 163-164.

²³ BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 232.

No plano jurídico, eles funcionam como um referencial geral para o intérprete, como um farol que ilumina os caminhos a serem percorridos. De fato, são os princípios que dão identidade ideológica e ética ao sistema jurídico, apontando objetivos e caminhos. Em razão desses mesmos atributos, dão unidade ao ordenamento, permitindo articular suas diferentes partes – por vezes, aparentemente contraditórias – em torno de valores e fins comuns. Ademais, seu conteúdo aberto permite a atuação integrativa e construtiva do intérprete, capacitando-o a produzir a melhor solução para o caso concreto, assim realizando o ideal de justiça.

Por entendermos que esse ideal de justiça deve guiar toda e qualquer atuação da Administração Pública, em especial o aqui tratado lançamento tributário, perpassando todos os procedimentos de revisão de seus atos, bem como o instrumento em contraditório extrajudicial no qual contribuinte e fisco discutem a constituição do crédito tributário em definitivo, deve o processo administrativo fiscal federal, bem como seus julgadores (intérpretes da norma) serem norteados por todos os princípios a seguir dispostos.

O processo administrativo federal é regido pela Lei nº 9.784/99 e o seu artigo 2º²⁴ apresenta um rol exemplificativo de princípios que devem ser obedecidos pela Administração Pública, sendo eles: legalidade, finalidade,²⁵ motivação,²⁶ razoabilidade,²⁷ proporcionalidade,²⁸

²⁴ O artigo 2º da Lei nº 9.784/99 dispõe em sua integralidade que: “Art. 2º A Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência.

Parágrafo único. Nos processos administrativos serão observados, entre outros, os critérios de:

I - atuação conforme a lei e o Direito; II - atendimento a fins de interesse geral, vedada a renúncia total ou parcial de poderes ou competências, salvo autorização em lei; III - objetividade no atendimento do interesse público, vedada a promoção pessoal de agentes ou autoridades; IV - atuação segundo padrões éticos de probidade, decoro e boa-fé; V - divulgação oficial dos atos administrativos, ressalvadas as hipóteses de sigilo previstas na Constituição; VI - adequação entre meios e fins, vedada a imposição de obrigações, restrições e sanções em medida superior àquelas estritamente necessárias ao atendimento do interesse público; VII - indicação dos pressupostos de fato e de direito que determinarem a decisão; VIII - observância das formalidades essenciais à garantia dos direitos dos administrados; IX - adoção de formas simples, suficientes para propiciar adequado grau de certeza, segurança e respeito aos direitos dos administrados; X - garantia dos direitos à comunicação, à apresentação de alegações finais, à produção de provas e à interposição de recursos, nos processos de que possam resultar sanções e nas situações de litígio; XI - proibição de cobrança de despesas processuais, ressalvadas as previstas em lei; XII - impulso, de ofício, do processo administrativo, sem prejuízo da atuação dos interessados; XIII - interpretação da norma administrativa da forma que melhor garanta o atendimento do fim público a que se dirige, vedada aplicação retroativa de nova interpretação”.

²⁵ Segundo Cleide Previtalli Cais, o princípio da finalidade tem por objetivo garantir aos administrados que os servidores e agentes da Administração Pública agirão no sentido de promover a efetiva prestação do serviços público em favor dos contribuintes/administrados, estando, portanto, vinculado ao princípio da continuidade dos serviços públicos (CAIS, Cleide Previtalli. *O processo tributário*. 6 ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2009).

²⁶ Segundo a mesma autora, o princípio da motivação, quando em processo administrativo, está intimamente ligado ao princípio do devido processo legal, visto que esse princípio dispõe que a as decisões proferidas pela Administração Pública devem sempre apresentar fundamentação legal que as suporte (Ibid.).

²⁷ Cais dispõe que, quando em processo administrativo, o princípio da razoabilidade deve ser entendido como “a correta adequação entre as questões fáticas propostas e a decisão da Administração” (Ibid., p. 238).

²⁸ Cais entende que a aplicação do princípio da proporcionalidade está ligada a vedação da Administração Pública de exercer suas funções com excessos, ou seja, lhe é vedado proferir decisões arbitrariamente (Ibid.).

moralidade, ampla defesa, contraditório,²⁹ segurança jurídica, interesse público³⁰ e eficiência.³¹ Vale ressaltar que alguns desses princípios estão também dispostos no artigo 37 da Constituição Federal, além da impessoalidade³² e publicidade³³ dos atos administrativos.³⁴

O Código Modelo vai além ao nos propor ainda a garantia aos princípios da **isonomia**,³⁵ da razoável duração do processo, da oficialidade,³⁶ **da verdade material**,³⁷ da preclusão administrativa³⁸ e do **formalismo moderado**.³⁹

Diante da importância desses princípios e garantias processuais trazidos pelo nosso ordenamento jurídico e pelo Código Modelo, o presente artigo destacará de forma mais detalhada o conceito de apenas alguns deles, por entender existir uma estreita relação entre eles e os conflitos que atualmente envolvem o processo extrajudicial tributário.

Carvalho Filho vai além ao nos explicar que, segundo a doutrina alemã, esse princípio deve revestir-se de tríplice fundamento, quais sejam: (1) adequação, que se dá a partir da compatibilidade do meio empregado com o fim colimado; (2) exigibilidade, entendida como a necessidade da conduta escolhida pela Administração, tendo essa que optar pelo meio menos gravoso ou oneroso aos indivíduos quando pretender alcançar o fim público; (3) proporcionalidade em sentido estrito, quando as vantagens a serem conquistadas superarem as desvantagens (CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 30 ed. São Paulo: Atlas, 2016).

²⁹ Os princípios do contraditório e da ampla defesa exprimem a necessidade das partes participarem no processo, no sentido de garantirem uma efetiva participação na formação da decisão judicial. O parágrafo único e incisos, do artigo 2º da Lei nº 9.784/99, dispostos na remissão de nº 18, devem ser observados, pois a partir deles é possível construir o que se entende por contraditório e ampla defesa num processo administrativo federal.

³⁰ O princípio do interesse público deve reger a Administração Pública em todos os seus atos. Todavia, ele deve ser observado com cautela, pois, conforme nos apontam Marcus Vinicius Neder e Maria Teresa Martínez López: “Não é razoável, contudo, conceber-se a existência de um apriorístico e absoluto princípio da supremacia do interesse público sobre o privado, até porque levaria ao desrespeito do conjunto de direitos fundamentais consagrados na Magna Carta.” (NEDER, Marcos Vinicius; MARTÍNEZ LÓPEZ, Maria Teresa. *Processo administrativo fiscal federal comentado*. 3 ed. São Paulo: Dialética, 2010. p. 56-57).

³¹ O princípio da eficiência garante que os servidores da Administração Pública devam empreender todos os esforços legais de modo a atingir e preservar o interesse público, esse indisponível.

³² Esse princípio objetiva que a Administração Pública promova tratamento idêntico aos administrados que se encontrem na mesma situação jurídica, voltando-se, portanto, para o interesse público, e não para o privado.

³³ O princípio da publicidade pretende, a partir da mais ampla publicação dos atos administrativo, seja através dos órgãos de imprensa ou dos modernos mecanismos de tecnologia da informação, proporcionar aos administrados a oportunidade de controle dos atos da Administração Pública.

³⁴ Art. 37 da CRFB/88: “A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência [...]”.

³⁵ Para o Código Modelo, a isonomia deve ser considerada como a possibilidade da Administração Pública aplicar com efeito erga omnes o desfecho de um conflito que afeta um comportamento administrativo de alcance geral, ainda que resultante de uma pretensão individual (INSTITUTO IBERO-AMERICANO DE DIREITO PROCESSUAL. Código modelo de processos administrativos – judicial e extrajudicial – para Ibero-América. *Revista Eletrônica de Direito Processual*, Rio de Janeiro, v.10, n. 10, p. 360-383, 2012).

³⁶ O Código Modelo entende por princípio da oficialidade como o dever da Administração Pública de tomar todas as providências necessárias ao andamento contínuo e regular do processo administrativo.

³⁷ A Administração Pública deve se ater à realidade dos fatos, podendo, de ofício, ordenar a produção de provas.

³⁸ As decisões finais sujeitam-se à preclusão administrativa, com efeitos equivalentes aos da coisa julgada, não podendo a Administração retomar o curso do processo senão quando houver fatos novos, supervenientes à decisão.

³⁹ A Administração adotará formas simples suficientes para propiciar adequado grau de certeza, segurança e respeito ao contraditório e à ampla defesa.

4.1 Princípio da legalidade

Inicia-se com este princípio, pois ele decorre da própria noção de Estado Democrático de Direito, ao vincular a atividade Estatal à previsão legal. Esse princípio possui para a Administração Pública um significado diferente do que representa para os administrados, pois enquanto a esses é garantido fazer tudo que a lei não lhes proíbe ou silencia, ao Estado cabe apenas fazer ou deixar de fazer aquilo que expressamente for previsto em lei. Por isso, está também intimamente ligado à ideia de segurança jurídica, visto que garante aos administrados uma atividade administrativa plenamente vinculada, de tal forma que tem a Administração Pública o dever de rever os seus atos quando maculados por ilegalidade.

Segundo Carvalho Filho,⁴⁰ o efeito desse princípio quanto aos direitos individuais é extremamente importante, pois “se reflete na consequência de que a própria garantia desses direitos depende de sua existência, autorizando-se então os indivíduos à verificação do confronto entre a atividade administrativa e a lei.” O autor ainda conclui que, em caso de discordância entre a conduta e a lei, deve a conduta ser corrigida a fim de se suprimir a ilicitude.

Em matéria tributária, esse princípio encontra-se em consonância com o artigo 150, I da Constituição Federal que dispõe que “sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios: I – exigir ou aumentar tributo sem lei que o estabeleça”⁴¹ e também com os artigos 3º⁴² e 97⁴³ do Código Tributário Nacional, visto que ambos tratam expressamente da vinculação à lei a qual está sujeita a competência tributária.

Nesse sentido, o princípio da legalidade, em seara tributária, revela-se como um verdadeiro instrumento garantidor da segurança jurídica e da não surpresa para os administrados, visto que, ao analisarmos a cobrança de tributos como um fenômeno social histórico, percebe-se que sua origem remonta a criação das primeiras sociedades, acompanhando a evolução da humanidade em relações de poder e submissão, sendo até mesmo improvável datar, com precisão, a sua origem. Um marco histórico da limitação legal ao poder dos reis de instituir tributos se deu com a Magna Carta, em 1215, na qual o rei João Sem Terra foi obrigado a assinar um tratado de direitos, e, sobretudo de deveres, que limitava, dentre outros assuntos, a cobrança abusiva de tributos.

⁴⁰ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 30 ed. São Paulo: Atlas, 2016. p. 20.

⁴¹ BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil* (1988). Brasília: Senado Federal, 1988.

⁴² Art. 3º da CTN: Tributo é toda prestação pecuniária compulsória, em moeda ou cujo valor nela se possa exprimir, que não constitua sanção de ato ilícito, instituída em lei e cobrada mediante atividade administrativa plenamente vinculada.

⁴³ Reza o art. 97 do CTN que somente a lei pode instituir tributos ou tratar de sua extinção; majorá-los ou reduzi-los; definir o fato gerador da obrigação tributária principal; fixar alíquota do tributo ou sua base de cálculo; cominar penalidades para ações ou omissões contrárias a seus dispositivos ou para outras infrações nela definidas; indicar hipóteses de exclusão, suspensão ou extinção de créditos tributários ou de dispensa ou redução de penalidades.

É justamente por conta da estreita vinculação à lei na qual todos os entes tributantes⁴⁴ estão sujeitos, que faz nascer o direito dos administrados se insurgirem quanto a eventuais abusos e arbítrios de poder por parte do Estado, exigindo-lhe a revisão dos atos e até mesmo nulidade daqueles considerados ilegais. Essa “insurgência” pode se manifestar por meio da impugnação a um ato de lançamento, ato no qual o contribuinte resiste à pretensão estatal de cobrar-lhe tributo que entende indevido ou ilegal, dando-se início, portanto, ao processo administrativo fiscal.

4.2 Princípio da moralidade

Esse princípio dispõe que deve a Administração Pública conduzir seus atos de forma a estar em sintonia com o que se entende por ética e moral em uma sociedade. Carvalho Filho⁴⁵ nos chama atenção para o fato de que esse princípio deve reger não apenas a relação da Administração Pública com seus administrados, mas também a relação entre os próprios membros que a integram. O autor também nos elucida que esse princípio possui estreita relação com o princípio da legalidade, pois embora seus conceitos sejam diferentes, em determinados casos a imoralidade consistirá na ofensa ou violação direta à lei.⁴⁶

Diante disso, esse artigo propõe uma reflexão acerca da atual estrutura do CARF quanto aos requisitos para ingresso dos seus julgadores, à luz da aplicação do princípio da moralidade, no sentido de questionar se estariam os julgadores do referido órgão respaldados de garantias institucionais suficientemente capazes de lhes permitir agir com a ética e a moral necessárias ao julgamento.

4.3 Princípio da segurança jurídica

Esse princípio é de suma importância em qualquer atividade do Estado, visto que decorre dele o que entendemos por Estado Democrático de Direito. Para Carvalho Filho,⁴⁷ a segurança jurídica, no direito comparado, está ligada à estabilização de determinadas situações jurídicas quanto ao decurso do tempo⁴⁸ e à boa-fé da Administração Pública perante seus administrados. Nesse sentido, enquanto o primeiro revela-se como um aspecto objetivo da segurança jurídica, o segundo revela-se como um aspecto subjetivo, visto que está inti-

⁴⁴ Compreende-se por ente tributante a pessoa de direito público competente para instituir e cobrar tributos.

⁴⁵ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 30 ed. São Paulo: Atlas, 2016. p. 20.

⁴⁶ A Constituição Federal (1988), em seu artigo 5º, inciso LXXIII, assegura o direito de propor ação popular para anular ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, viciado por contrariar a *moralidade administrativa*.

⁴⁷ CARVALHO FILHO, op. cit., p. 38.

⁴⁸ Dispõe o artigo 54, da Lei nº 9.784/99 que: “O direito da Administração de anular os atos administrativos de que decorram efeitos favoráveis para os destinatários decaís em 5 (cinco) anos, contados da data em que foram praticados, salvo comprovada má-fé.”

mamente ligado aos sentimentos dos indivíduos em relação aos atos do Estado, “dotados de presunção de legitimidade e com aparência de legalidade”.⁴⁹

Esse último aspecto caracterizador da segurança jurídica, embora subjetivo, encontra profunda relação com o tema central desenvolvido neste artigo e melhor aprofundado em capítulo próprio a seguir, qual seja, a necessária imparcialidade objetiva dos julgadores fiscais, imparcialidade essa que se dará a partir da exteriorização, ou seja, da aparência e presunção de legitimidade dos atos dos tribunais extrajudiciais, capazes de construir nos contribuintes/administrados a sensação de que suas pretensões foram analisadas a partir da observância de todas as garantias constitucionais, sobretudo, da imparcialidade dos seus julgadores.

5. Princípio da imparcialidade: Definição e relevância na construção do sentimento de justiça

A imparcialidade de um julgamento pode ser compreendida como a garantia de que os responsáveis por ele não farão distinção em relação às partes do processo, ou seja, de que os julgadores não possuem qualquer interesse em relação às partes ou ao resultado, tendo como preocupação final a efetivação da justiça no caso concreto. Como, muitas vezes, esse dito interesse do julgador em relação às partes possa ser elemento de difícil comprovação, passível, até mesmo, de ser confundido com opiniões baseadas em meras subjetividades, é de extrema importância analisar a imparcialidade de um julgamento ou de um julgador sob a ótica objetiva, ou seja, a partir da análise de elementos objetivos e visíveis, que nos permitam considerá-los imparciais.

*Justice must not only be done but also be seen to be done.*⁵⁰ Essa frase, trazida pelo Tribunal Europeu de Direitos Humanos no célebre julgamento do caso *Piersack x Bélgica*,⁵¹ traduz o que entendemos por imparcialidade do julgamento e, mais precisamente, pelo aspecto objetivo dessa imparcialidade. Em outras palavras, o que se quer dizer é que para que um julgamento seja considerado justo, ele deve ter também aparência de justo e essa aparência só se tornaria possível a partir da exteriorização de elementos capazes de proporcionar minimamente, perante os olhos da sociedade, a convicção de que uma decisão foi imparcial, já que a imparcialidade subjetiva – vinculada aos sentimentos e convicções dos juízes frente a um caso concreto –, não alcançaria plenamente os anseios da população.

Marcus Vinicius Neder e Maria Teresa Martínez López,⁵² em obra que trata do Processo Administrativo Fiscal Federal, se utilizam de suas vastas experiências como conselheiros

⁴⁹ CARVALHO FILHO, op. cit., p. 38.

⁵⁰ A justiça não deve apenas ser feita, é preciso também que seja visto que ela foi feita (tradução nossa).

⁵¹ Caso *Piersack x Belgic*, julgado em 1º de outubro de 1982, pelo Tribunal Europeu de Direitos Humanos (TEDH), no qual a Corte sustentou que houve violação ao Artigo 6º §1 (art.6-1) da Convenção por aparentar estar aberto a dúvidas.

⁵² NEDER, Marcos Vinicius; MARTÍNEZ LÓPEZ, Maria Teresa. *Processo administrativo fiscal federal comentado*. 3 ed. São Paulo: Dialética, 2010.

do CARF para abordarem a importância desse princípio. Apesar de a citada obra ter o condão de abordar a estrutura paritária do CARF com visão diferente⁵³ da pretendida crítica a ser feita neste artigo, é relevante destacar o conceito que trazem de imparcialidade, justamente por tratarem desse princípio de maneira objetiva. Portanto, será aproveitada a mesma definição de imparcialidade, porém, a ser encarada – no capítulo seguinte – sob diferente ótica:

A imparcialidade pressupõe o afastamento de todos os interesses estranhos ao interesse público do exercício da função administrativa, bem como a ponderação dos diversos interesses juridicamente presentes no caso sob exame. A Administração não pode se apegar unicamente às suas razões, desprezando os interesses descritos pelas demais pessoas envolvidas na relação processual. O princípio da imparcialidade significa, portanto, a certeza da não vinculação da atividade instrutória e decisória em favor de qualquer um dos interessados no processo administrativo. Com efeito, a imparcialidade, em uma Administração Pública moderna apresenta como corolários: a objetividade (adoção de critérios jurídicos, lógicos, racionais na decisão); a exclusividade (veda acumulação de funções); a isenção (deve se abster de intervir no processo quem seja pessoalmente interessado); a independência (equidistanciamento do julgador das forças políticas); e a transparência (publicidade da atuação da Administração).⁵⁴

A imparcialidade é, portanto, pressuposto de validade à todo e qualquer órgão responsável por proferir decisões que afetem os direitos e garantias dos litigantes, sendo, portanto, requisito para que se garanta um devido processo legal. Embora o princípio da imparcialidade não esteja expressamente disposto no ordenamento jurídico brasileiro, nossa Constituição o apresenta, ainda que implicitamente, ao proclamar o rol de garantias processuais. Os princípios do juiz natural (art. 5º, inc. XXXVII e LIII), do devido processo legal (art. 5º, inc. LIV), do contraditório e da ampla defesa (art. 5º, inc. LV), da motivação e publicidade (art. 93, inc. IX), dentre outros, evidenciam a preocupação do constituinte em garantir aos litigantes uma apreciação justa e equânime no decorrer de todo o processo, sendo a imparcialidade do juiz, elemento essencial para isso.

O artigo 8º da Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica), cuja promulgação se deu por meio do Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992, tratou de garantir esse direito expressamente:

⁵³ Os autores sustentam que, apesar dos conselheiros virem de lados teoricamente antagônicos, seus posicionamentos são livres das influências de suas origens e o entrelaçamento de ideias permite a construção de uma visão superior aos interesses em disputa, dotadas de imparcialidade a serviço da justiça fiscal.

⁵⁴ NEDER; MARTÍNEZ LÓPEZ, op. cit., p. 56-57.

Artigo 8. Garantias judiciais

1. Toda pessoa tem direito a ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou para que se determinem seus direitos ou obrigações de natureza civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza.⁵⁵

E, conforme disposto no artigo 5, § 2º do nosso texto constitucional, os princípios e garantias dos tratados internacionais do qual o Brasil faça parte, possuem status igualmente constitucional. Logo, resta superada qualquer possível dúvida a respeito da existência da garantia constitucional do princípio da imparcialidade.

Além de compreender a definição e importância da garantia da imparcialidade em todo e qualquer julgamento, será aqui aprofundada a sua relevância no tocante às decisões proferidas pela Administração Pública, tendo em vista o impacto que possuem na vida dos administrados. E para compreender melhor sua relevância, a seguir será abordado o conceito de imparcialidade orgânica dos órgãos administrativos de julgamento e serão diferenciados alguns outros elementos que, por vezes, se confundem com a imparcialidade, como a neutralidade e a independência, cabendo ainda demonstrar a importância deste último como um requisito, ou seja, como uma condição para se promover uma decisão imparcial.

5.1 Imparcialidade X neutralidade

Há que se diferenciar agora também o princípio da imparcialidade da chamada neutralidade, visto que elas em nada se parecem, sendo a neutralidade ainda uma atitude inatingível e, até mesmo indesejável para um julgamento. Para tanto, recorreu-se ao primeiro conceito trazido pelo dicionário elaborado por Aurélio Buarque de Holanda, que diz: “**neutro**. Adj. 1. Que não toma partido nem a favor nem contra, numa discussão, contenda, etc.; neutral”.⁵⁶

Ora, se é o juiz justamente o responsável por resolver o *conflito de interesses qualificado por uma pretensão resistida*,⁵⁷ seria completamente incoerente esperar dele uma postura “que não toma partido nem a favor nem contra, numa discussão”. Portanto, embora essas expressões sejam constantemente utilizadas como sinônimos, salienta-se aqui que *neutro* e *imparcial* não possuem o mesmo significado, visto que enquanto aquela se refere a postura inerte de quem não se posiciona perante um conflito, esta se refere àquele que manifesta seu posicionamento, porém, o faz livre de interesses que interfiram na produção de uma decisão justa. Logo, resta claro que tais expressões possuem naturezas e consequências completamente distintas.

⁵⁵ COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Convenção Americana de Direitos Humanos* (Pacto de San José da Costa Rica). San José, Costa Rica, 22 de novembro de 1969.

⁵⁶ HOLANDA, Aurélio Buarque de. *Minidicionário da língua portuguesa*. 4 ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2000. p. 485.

⁵⁷ Conceito clássico de *lide* na concepção de Francesco Carnelutti.

5.2 Imparcialidade material e orgânica

A partir do estudo da obra “Princípios do Processo Administrativo e Judicial Tributário”, de Alberto Xavier,⁵⁸ compreende-se a existência da imparcialidade material e orgânica no julgamento do processo administrativo fiscal federal. O autor explica que a imparcialidade material consiste na aplicação objetiva e vinculada da lei, sendo necessária, portanto, em todos os órgãos da Administração Pública, incluindo, os órgãos de lançamento e de julgamento.

O autor também nos explica sobre a existência da imparcialidade orgânica de 1º grau, também entendida como imparcialidade hierárquica, pois, embora a apreciação em primeira instância seja da competência de órgão hierarquicamente subordinado à Secretaria da Receita Federal, há que se valorizar a diferenciação e especialização do “órgão de lançamento” para o “órgão de julgamento”. Nesse sentido, cabe a este último, ou seja, às Delegacias da Receita Federal de Julgamento as apreciações, em primeira instância, das impugnações administrativas de tributos federais. Essa diferenciação de funções, ainda que se encontrem num mesmo patamar hierárquico, é apresentada pelo autor como um reflexo da imparcialidade de 1º grau ou hierárquica.

No que se referente ao CARF, órgão de segunda instância responsável pela revisão das decisões, o autor esclarece que há uma imparcialidade orgânica de 2ª grau ou não hierárquica, visto que este órgão não está hierarquicamente vinculado à Secretaria da Receita Federal, ou seja, não se encontra no mesmo nível de hierarquia dos órgãos de lançamento. Isso permitiria ao CARF não apenas um maior distanciamento do objeto de lançamento, mas também uma não subordinação ao órgão diretamente responsável por tal ato. Ressalta-se, porém, que até mesmo o CARF continua subordinado à estrutura do Ministério da Fazenda.

5.3 Imparcialidade X independência

O mesmo autor que no tópico acima defende ser o processo administrativo tributário federal respaldado pela imparcialidade material e orgânica de seus órgãos de julgamento, afirma também que imparcialidade é elemento diferente de independência e reconhece que, no tocante à autonomia, os órgãos de julgamento do fisco não podem ser considerados independentes.

Os órgãos de julgamento do fisco são, não temos dúvida, imparciais materialmente e, por vezes, organicamente. Não são, todavia, independentes, no sentido de não estarem integrados num Poder absolutamente autônomo em relação àquele em que se integra uma das partes do conflito, pois tanto a Administração ativa (parte), como a Administração judicante (julgador) pertencem ao Poder Execu-

⁵⁸ XAVIER, Alberto. *Princípios do processo administrativo e judicial tributário*. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

tivo. Não gozam, por isso, de uma “independência organizatória”, baseadas na criação de carreiras e formas de provimento e de progressão hierárquica, com as mesmas garantias oferecidas aos juízes do tribunais comuns, integrantes do Poder Judiciário: *a vitaliciedade, a inamovibilidade e a irredutibilidade de vencimento*.⁵⁹

Cabe destacar também que um dos principais aspectos objetivos que compõe a imparcialidade de um julgamento para Neder e Martínez López,⁶⁰ é a independência do juízo, que consiste justamente numa não subordinação ou vinculação deste a qualquer força política capaz de interferir na liberalidade de sua decisão.

Ora, *data vênia* ao posicionamento desses autores que creem que a permanência do CARF dentro da estrutura do Ministério da Fazenda não influencia na imparcialidade dos julgamentos, sendo a composição paritária do órgão medida suficiente para garantir uma paridade de armas entre as partes, o que se pretende neste artigo é demonstrar a importância da independência funcional e organizatória de qualquer órgão julgador como pressuposto para que se mantenha uma postura objetivamente imparcial. Consequentemente, questiona-se se estariam os órgãos de julgamento administrativos em matéria tributária dotados da objetiva e plena imparcialidade, visto que não parecem apresentar as garantias suficientes para alcançar tal postura.

Nas palavras de Ricardo Perlingeiro⁶¹:

Portanto, um funcionário público com atribuições decisórias não deve, no exercício de suas atividades, orientar-se por alguma motivação que não seja unicamente a decorrente da sua convicção técnica, o que, de fato, não impede que o campo da sua atuação decisória seja delimitado por regras claras de competência administrativa de modo a evitar a quebra da unidade da função administrativa.

A independência é igualmente necessária nas funções administrativas secundárias (funções de solução de conflitos pela própria Administração Pública) e, sendo pressuposto da imparcialidade, sua ausência implica sério comprometimento da imparcialidade objetiva, e descrédito generalizado do processo administrativo extrajudicial perante a sociedade. Em geral, é esse o quadro latino-americano.

Ressalta-se que tais julgamentos, para a Administração Pública, podem representar apenas a mera revisão de seus próprios atos, mas, para os contribuintes, podem culminar em graves impactos patrimoniais e financeiros. A independência desses órgãos é, portanto, não só

⁵⁹ XAVIER, Alberto. *Princípios do processo administrativo e judicial tributário*. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 48.

⁶⁰ NEDER, Marcos Vinicius; MARTÍNEZ LÓPEZ, Maria Teresa. *Processo administrativo fiscal federal comentado*. 3 ed. São Paulo: Dialética, 2010.

⁶¹ PERLINGEIRO, Ricardo. Desafios contemporâneos da justiça administrativa na América Latina. *Revista de Investigações Constitucionais*, Curitiba, v. 4, n. 1, p. 1193, 2017.

pressuposto da imparcialidade, mas também instrumento capaz de evitar que os contribuintes recorram excessivamente aos tribunais judiciais.

Isso demonstra também a importância de se estabelecer uma simetria entre os princípios fundamentais e as regras gerais do processo administrativo extrajudicial e do processo administrativo jurisdicional, como bem nos propõe o Código Modelo, de modo a proteger os direitos das pessoas físicas e jurídicas e o melhor cumprimento dos fins da Administração.

5.4 A (im)parcialidade de processo administrativo na jurisprudência atual

Recentemente, a Décima Sexta Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, no Agravo de Instrumento nº 30110-50/2018,⁶² concedeu tutela de urgência no sentido de suspender Processo Administrativo de Responsabilização (PAR), até o julgamento final de recurso judicial, por entender que havia violação ao devido processo legal e à imparcialidade no julgamento do PAR.

A decisão do processo judicial, no qual as partes envolvidas não serão identificadas devido à necessidade de se manter o sigilo de suas identidades, refere-se a Agravo de Instrumento interposto contra decisão que indeferiu o pedido de tutela de urgência no sentido de suspender o Processo Administrativo de Responsabilização mesmo diante de grave violação de sigilo pela parte ré, que juntou ao processo judicial cópia de documentos sigilosos que compunham o relatório de investigação preliminar que movia contra a parte autora no PAR. Tal quebra de sigilo, com o mero intuito de denegrir a imagem da recorrente e conseguir uma condenação antecipada, revelam uma total ausência de imparcialidade da ré, que é a mesma a promover a assistência jurídica ao responsável por proferir a decisão final no Processo Administrativo de Responsabilização.

[...] o órgão de assistência jurídica responsável pela emissão do parecer ao final do processo é o mesmo que acusa a recorrida, em ação judicial, de ter praticado atos ilícitos, ficando evidente a falta de imparcialidade no julgamento. Diante de tais argumentos, requer a tutela de urgência para obstar o seguimento do Processo Administrativo de Responsabilização. Pelo que consta dos autos, verifica-se que foi violado o sigilo do processo administrativo de responsabilização pela parte agravada, quando juntou a processo público cópias de procedimento sigiloso. Por outro lado, há fortes indícios de violação do devido processo legal no procedimento, assim como da imparcialidade, tendo em vista que o mesmo órgão de assistência jurídica, que será o responsável pela emissão de parecer no procedimento, é o mesmo que atua na via judicial, imputando a recorrente, com base em relatório realizado sem procedimento preliminar, não sujeito ao contraditório, a

⁶² As partes não serão citadas tendo a vista a necessidade de preservação de suas identidades.

prática de ilícitos penais. (...) antecipo a pretensão recursal para deferir a tutela de urgência a fim de determinar a suspensão do Procedimento de Administrativo de Responsabilização PAR-PB.003.03548/2018 até o julgamento final do presente recurso (TJRJ – AgR 0033920-33.2018.8.19.000, Relator: Des. Lindolpho Moraes Marinho. Data de Publicação: DJe: 29/6/2018).

6. Realidade brasileira em matéria de contencioso fiscal

A partir do estudo sobre a importância da imparcialidade nos julgamentos, nos cabe refletir aqui se o contencioso administrativo fiscal federal no Brasil, em seu atual modelo, possui meios de assegurar ao contribuinte um processo que respeite plenamente os princípios e garantias processuais constitucionais, em especial, se seus julgadores possuem as prerrogativas e garantias institucionais necessárias para que se faça presente a imparcialidade em seu sentido objetivo. Para isso, foi analisado o Regimento Interno do CARF, procurando-se observar mais especificamente se os elementos relacionados à sua estrutura e composição paritária condizem com essas prerrogativas.

O artigo 41⁶³ do referido Regimento, traz a imparcialidade como um dos deveres dos conselheiros, conforme demonstrado abaixo:

Art. 41. São deveres dos conselheiros, dentre outros previstos neste Regimento Interno:

I - exercer sua função pautando-se por padrões éticos, no que diz respeito à imparcialidade, integridade, moralidade e decoro, com vistas à obtenção do respeito e da confiança da sociedade;

IV - cumprir e fazer cumprir, com imparcialidade e exatidão, as disposições legais a que estão submetidos.⁶⁴

Mais adiante, o artigo 42 traz em seus incisos e parágrafos as hipóteses que levariam a um impedimento do conselheiro, ou seja, hipóteses nas quais a necessária atuação imparcial do julgador estaria comprometida. Seriam os casos de processos nos quais tenha o julgador atuado como autoridade lançadora, tenha participado do ato decisório monocrático, tenha relação profissional íntima, parentesco, amizade ou inimizade com as partes, ou ainda, tenha interesse econômico ou financeiro direto ou indireto. Esse último é exemplificado com situações em que o conselheiro representante dos contribuintes preste ou tenha prestado consultoria, assessoria, assistência jurídica ou contábil ou perceba remuneração do interessado, ou

⁶³ Esse artigo encontra-se no Capítulo III do Regimento Interno do CARF, sendo abordado nesse capítulo dos deveres dos conselheiros e a perda de mandato.

⁶⁴ BRASIL. Ministério da Fazenda. Portaria MF nº 343, de 9 de junho de 2015. Aprova o Regimento Interno do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais (CARF) e dá outras providências. Diário Oficial, Brasília, DF, 10 jun. 2015.

empresa do mesmo grupo econômico, sob qualquer título, no período compreendido entre o primeiro dia do fato gerador objeto do processo administrativo fiscal até a data da sessão em que for concluído o julgamento do recurso.

Considerando que aqui, como já dito anteriormente, se pretende analisar a imparcialidade sob a ótica objetiva, serão analisadas as situações que possam levar a uma violação desse princípio a partir de elementos mais facilmente exteriorizados para a sociedade, que sejam, portanto, presumíveis.

Claramente, relações de parentesco, amizade ou inimizade, bem como a existência de interesse financeiro entre os sujeitos são elementos que levam a uma violação da imparcialidade do julgamento, sendo indiscutíveis, então, os prejuízos decorrentes de decisão que ignore tais impedimentos. Todavia, todo e qualquer juiz ou tribunal está sujeito a esse tipo de impedimento, não sendo eles restritos às autoridades julgadoras fiscais.

O artigo 42, I, expõe o caso de impedimento para autoridade julgadora que tenha participado do lançamento, de certo se refere ao caso de auditor fiscal da RFB que, ao atuar como conselheiro do CARF se depare com processo no qual tenha que julgar e, portanto, rever o ato de lançamento por ele mesmo realizado no passado, quando exercia apenas o papel de auditor fiscal. E esse entendimento é revestido de pura razão. Porém, é preciso ir além e questionar se, embora o Conselheiro da Fazenda responsável pelo julgamento não seja o mesmo que atuou na fase de lançamento daquele caso específico, o fato de estar ele ainda ligado a mesma “macro” estrutura fazendária que o instituiu no cargo de auditor fiscal,⁶⁵ fazendo-o atuar em atividade que tinha como principal finalidade a persecução da arrecadação de tributos para o Estado, se isso não compromete a parcialidade de sua visão.

Aqui se remonta novamente ao conceito de imparcialidade trazido anteriormente por Marcus Vinicius Neder e Maria Teresa Martínez López,⁶⁶ agora mais precisamente, no tocante a isenção, que consiste no dever de se abster de intervir no processo quem seja pessoalmente interessado. Embora os autores sejam firmes no entendimento de que os conselheiros representantes da Fazenda não possuem qualquer vinculação ou subordinação hierárquica no que se refere ao conteúdo dos seus pronunciamentos decisórios, é inegável o fato de que um dos principais motivos que os levaram a ocupar o posto de julgadores nos referidos órgãos foi justamente terem atuado (e por que não dizer *se esmerado*), em seus papéis como auditores fiscais, ou seja, se especializaram na atuação de responsáveis pelo lançamento tributário, procedimento agora passível de revisão.

Ora, não se está aqui questionando a capacidade desses conselheiros de produzir decisões dotadas de técnica e *expertise*, visto que, como já abordado anteriormente, um dos

⁶⁵ O CARF é órgão integrante da estrutura do Ministério da Fazenda.

⁶⁶ NEDER, Marcos Vinicius; MARTÍNEZ LÓPEZ, Maria Teresa. *Processo administrativo fiscal federal comentado*. 3 ed. São Paulo: Dialética, 2010.

grandes problemas do Judiciário é justamente a carência de juízes especializados em matéria tributária. O que se está a dizer é que, embora repletos de conhecimento técnico, esses funcionários podem não ser considerados isentos, pois sua habilitação para o julgamento decorre da sua qualidade para a *persecução*, o que poderia tornar os julgamentos repletos de parcialidade.

Além disso, embora os recursos especiais cabíveis das decisões não unânimes não sejam mais sujeitos à apreciação pelo Ministro da Fazenda,⁶⁷ o CARF continua sendo um órgão integrante do Ministério da Fazenda, sendo os representantes fazendários escolhidos e destituídos pelo referido Ministério. Resta, portanto, mais uma vez comprovada a ausência de independência desse órgão julgador, visto que a escolha de seus representantes, bem como a destituição de seus cargos, pode estar sujeita aos interesses fazendários.

Bem notou Ivo José Kunzler⁶⁸ ao afirmar que “tendo garantias ou não, os funcionários da Fazenda Nacional ou Estadual, que funcionam como juízes, jamais vão esquecer que são súditos do “Rei”, e que trabalham para o “cofre do Rei [...]”.

Esse mesmo entendimento foi seguido por Cais⁶⁹ em sua ilustre obra acerca do Processo Tributário:

Um dos mais expressivos elementos diferenciadores entre o processo civil contencioso e o processo administrativo fiscal resulta da jurisdição. Perante o Poder Judiciário, a jurisdição é exercida perante um juiz natural e imparcial, investido no cargo por concurso de provas e títulos. Já no processo administrativo a garantia da imparcialidade não é pressuposto de validade, pois o órgão administrativo julgador, imbuído de plenos poderes decisórios, é o próprio órgão parte do litígio (assim, por exemplo, as impugnações que são decididas pelo próprio órgão de arrecadação, muitas vezes pelo próprio fiscal responsável pela autuação fiscal, que o contribuinte aponta como viciada).

Destaca-se ainda, acerca da estrutura do referido órgão revisional, que a presidência do CARF (cumulando este a presidência⁷⁰ da Câmara Superior de Recursos Fiscais e do Pleno), das Seções e das Câmaras serão sempre exercidas por conselheiros representantes da Fazenda. Além das importantes atribuições relacionadas a esses cargos, destaca-se aqui o relevante, porém controverso, “voto de qualidade” que detém o presidente.

O referido voto encontra-se previsto no Regimento Interno do CARF e determina que o presidente, em caso de empate de decisão, além do voto ordinário, terá direito ao voto de

⁶⁷ Conforme redação original do artigo 37, §1º do Decreto nº 70.235, de 6 de março de 1972.

⁶⁸ KUNZLER, Ivo José. Os tribunais administrativos tributários no Brasil: a República, o Estado democrático de direito e a inconstitucionalidade do processo administrativo fiscal tributário frente aos princípios constitucionais. *Revista Científica Codex*, Colômbia, v. 2, n. 2, p. 49, 2017.

⁶⁹ CAIS, Cleide Previtali. *O processo tributário*. 6 ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2009. p. 210.

⁷⁰ Conforme disposto nos artigos 11, 12 e 15 do Regimento Interno do CARF.

qualidade. Esse tipo de voto, também previsto em outros tribunais como o próprio STF, é o centro de muitas discussões envolvendo matéria tributária visto que não se utiliza de outros critérios usualmente adotados como a idade ou a antiguidade no cargo, além de acabar representando um voto em duplicidade, visto que o presidente também tem direito ao voto ordinário e dificilmente mudará de opinião ao proferir o voto de desempate. O voto de qualidade do CARF já foi inclusive objeto de ação direta de inconstitucionalidade proposta pela OAB,⁷¹ por entender que o CARF “se utiliza de procedimentos discriminatórios e arbitrários para proferir seu julgamento” e pautando-se na violação aos princípios da igualdade, razoabilidade e proporcionalidade.

Isso evidencia que o CARF, embora seja um órgão de composição paritária, ainda concentra nas mãos dos representantes da Fazenda seus principais cargos e respectivos poderes.

7. O código modelo de processos administrativos como fonte de inspiração para uma nova abordagem das funções de julgamento no contencioso fiscal brasileiro

Nesse sentido, retoma-se aqui a necessidade apontada no Código Modelo de Processos Administrativos – Judiciais e Extrajudiciais – para Ibero-América⁷² de se resguardar todo processo administrativo jurisdicional de independência funcional, sendo esse um pressuposto essencial para a existência de imparcialidade. Ainda segundo o Código Modelo, apenas a partir de certas prerrogativas e meios específicos de seleção e ingresso na carreira que seria possível esperar dos órgãos jurisdicionais a independência e imparcialidade necessárias para um julgamento considerado justo.

É inspirado nesse modelo repleto de garantias institucionais aos julgadores que o presente artigo propõe uma reformulação do Processo Administrativo Tributário Federal no Brasil, mais especificamente, ao CARF, pois ainda que este não seja um órgão jurisdicional, é um órgão responsável por produzir decisões que versam sobre direitos e interesses dos contribuintes.

Nesse sentido, também nos orienta Ataliba⁷³:

A rigor, só se possa dizer que haja contencioso nos sistemas jurídicos que atribuem a tal organismo parcelas de poder (competências) quase judicial, que se caracteriza pela definitividade de suas decisões. É requisito essencial, neste caso – segundo os padrões constitucionais próprios do Estado de Direito –, que os jul-

⁷¹ BRASIL. STF. ADI 5.731/DF. Rel. Min. Gilmar Mendes. Brasília, 17 de abril de 2020. DJe, Brasília, 22 abr. 2020.

⁷² INSTITUTO IBERO-AMERICANO DE DIREITO PROCESSUAL. Código modelo de processos administrativos – judicial e extrajudicial – para Ibero-América. *Revista Eletrônica de Direito Processual*, Rio de Janeiro, v.10, n. 10, p. 360-383, 2012.

⁷³ ATALIBA. Recurso em matéria tributária. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, v. 25, n. 97, p. 122, 1988.

gadores gozem de condições objetivas e subjetivas de atuação imparcial. Que os seus cargos sejam dotados das características de uma magistratura. Isto decorre do princípio segundo o qual ninguém pode ser juiz e parte concomitantemente.

Quanto aos responsáveis pelo julgamento desses processos, a reformulação do CARF contaria com um novo meio de ingresso, não mais por indicação de lista tríplice⁷⁴ encaminhada pela Receita Federal do Brasil e pelas confederações representativas econômicas e centrais sindicais como ocorre atualmente, mas sim, semelhante ao ingresso dos magistrados no Judiciário, qual seja: por meio de concurso público, aberto, transparente e objetivo, pautado na qualidade técnica e na capacidade dos profissionais.

Mais uma vez, não se quer questionar aqui a capacidade técnica dos atuais conselheiros do CARF, todavia, há que se reconhecer que a nomeação de um representante, quer pela RFB, quer pelas entidades representativas dos contribuintes, não traz a mesma confiabilidade de um concurso público, visto que uma nomeação/indicação poderia estar sujeita aos interesses próprios de quem a realiza. Essa situação ilustra o que já nos alertou Ricardo Perlingeiro,⁷⁵ no tocante aos desafios da justiça administrativa no Brasil:

Persiste na cultura jurídica latino-americana uma relação de subordinação entre Administração Pública e Governo, a qual acarreta o desprezo pelo requisito da capacidade técnica, em favor das indicações meramente políticas na escolha de funcionários públicos para ocuparem cargos-chave nas tomadas de decisão.

No mesmo sentido, defende-se aqui a inamovibilidade e vitaliciedade dos julgadores que ingressassem no órgão, visto que uma possível recondução ou destituição do cargo, sem processo disciplinar que o justificassem, também poderiam estar sujeitas a interesses particulares, levando a vulnerabilidade e insegurança do responsável pelo julgamento. Essas prerrogativas são de extrema importância no que se refere a própria independência do órgão.

Nesse sentido, quanto à independência na carreira desses julgadores fiscais, há que se tomar cuidado para não confundir essa necessária independência do julgador em relação às forças políticas externas que possam influenciar em sua imparcialidade, de uma total independência quanto à revisão pelo Poder Judiciário. Ora, como já dito anteriormente, a inafastabilidade do Poder Judiciário é garantia constitucional, sendo a jurisdição no Brasil concentrada neste Poder. Todavia, Ricardo Perlingeiro⁷⁶ nos chama atenção para a necessi-

⁷⁴ Conforme o artigo 28 do Anexo II do Regimento Interno do CARF: “A escolha de conselheiro representante da Fazenda Nacional recairá sobre os candidatos indicados em lista tríplice encaminhada pela RFB, e a de conselheiro representante dos Contribuintes recairá sobre os candidatos indicados em lista tríplice elaborada pelas confederações representativas de categorias econômicas e pelas centrais sindicais. (Redação dada pela Portaria MF nº 153, de 2018)”.

⁷⁵ PERLINGEIRO, Ricardo. Desafios contemporâneos da justiça administrativa na América Latina. *Revista de Investigações Constitucionais*, Curitiba, v. 4, n. 1, p. 192, 2017.

⁷⁶ Ibid.

dade de também garantirmos à Administração Pública uma maior autoexecutoriedade de seus atos, sem é claro, que ilegalidades ou abusos de poder escapem à tutela judicial. Essa autoexecutoriedade dos atos administrativos, resultante de uma evolução no que se entende por independência desses órgãos, seria uma alternativa para se conter o excessivo ingresso de demandas no Judiciário brasileiro, já sobrecarregado, e para que o contencioso administrativo seja encarado como verdadeiro meio de solução de conflitos.⁷⁷

Mas, para que isso ocorra de forma a não gerar nos contribuintes a sensação de fragilidade perante a Administração Pública, é preciso, antes de tudo, revestir o contencioso administrativo fiscal brasileiro de verdadeiras garantias processuais capazes de reconstruir nos contribuintes a credibilidade e confiança nesse meio de solução de conflitos.

8. Considerações finais

A partir de uma análise sobre o sistema paritário do CARF, bem como os demais elementos relacionados a esse sistema colegiado, o que se pretendeu neste artigo foi a intensificação de questionamentos sobre a efetividade do atual sistema de processos administrativos fiscais extrajudiciais, discutindo propostas para reformular esse órgão, com base em garantias institucionais, proporcionando assim, maior independência e, sobretudo, imparcialidade ao contencioso administrativo fiscal brasileiro.

James Marins⁷⁸, ao referir-se à necessidade política e jurídica da dualidade da cognição da lide administrativa em todos os sistemas jurídicos europeus de inspiração romano-germânica, como Alemanha, Itália, Espanha e Portugal e de países da América Latina, como Argentina e Brasil, nos ensina que:

Em todos estes países a lide tributária passa, obrigatoriamente ou não, por uma etapa administrativa de julgamento e, mesmo que alguns vejam nesse sistema uma deturpação do Estado, não vislumbramos outra forma teórica ou prática de funcionamento.

A proposta de Valdés Costa⁷⁹ no sentido de que toda lide tributária deveria ser somente apreciada pelo Poder Judiciário, ainda que louvável, carece de consistência jurídica, pois implicaria o desmantelamento, provavelmente desastroso, da experiência jurídica vivenciada por décadas em ao menos uma dúzia de países de cultura moderna. Ao contrário do desmantelamento, pregamos a adoção de crité-

⁷⁷ A chamada “execução administrativa” é considerada inconstitucional pelo atual ordenamento jurídico brasileiro, tendo em vista a reserva de jurisdição.

⁷⁸ MARINS, James. *Princípios fundamentais do direito processual tributário*. São Paulo: Dialética, 1998.

⁷⁹ A citação do autor Valdés Costa pelo James Marins é referente a obra COSTA, Ramón Valdés. *A codificação tributária na América Latina. Direito Tributário - Estudos em homenagem ao prof. Ruy Barbosa Nogueira* (Coordenação e tradução Brandão Machado). São Paulo: Saraiva, 1984. p. 241.

rios que retirem estes sistemas de sua vida anacrônica e muitas vezes antagônica, tornando-os compatíveis com o atual estágio de evolução do princípio do Estado de Direito. E isso se obtém, entre outras providências, através da “processualização” dos trâmites administrativos.⁸⁰

Esse enunciado vai perfeitamente ao encontro da proposta deste artigo, qual seja, reconhecer as limitações que revestem o processo administrativo (extrajudicial) fiscal no Brasil, sem, contudo, pregar a sua extinção. Pelo contrário. O contencioso administrativo fiscal já desempenha um importante papel no cenário político-processual brasileiro, mas, precisa ser aprimorado por meio do que James Marins chama de “processualização” dos trâmites administrativos, que tratamos aqui como a necessidade de revestir seus julgadores de prerrogativas e garantias institucionais capazes de lhes permitir agir com imparcialidade e independência.

Essa “processualização” dos atos administrativos em matéria fiscal se deu a partir da proposta de reformulação do CARF, inspirada nos princípios e garantias apresentados no Código Modelo de Processos Administrativos – Judicial e Extrajudicial – para Ibero-América, por entender que as garantias e prerrogativas do juízo nele propostas para o Processo Administrativo Judicial, poderiam servir como inspiração para a reformulação necessária ao contencioso administrativo fiscal, dadas as devidas proporções e especificidades de cada um.

O estreito vínculo do CARF com o Ministério da Fazenda, bem como o meio de ingresso de seus conselheiros, transmitem aos contribuintes que desejam ter suas autuações revistas, a imagem de um órgão desprovido de imparcialidade, elemento essencial para a construção da sensação de justiça diante de uma decisão.

E é justamente a precariedade desse sentimento de justiça – resultante da aparência latente de imparcialidade – que culmina numa falta de credibilidade do contencioso administrativo fiscal por parte dos contribuintes, levando-os, conseqüentemente, a recorrer a um Judiciário já assoberbado e carente de recursos.

É inegável a qualidade técnica dos julgadores do CARF. Porém, mais do que ser imparcial, o CARF precisa exteriorizar uma estrutura composta de elementos suficientemente capazes de construir nos contribuintes a confiança nessa imparcialidade. *Justice must not only be done but also be seen to be done.*⁸¹ Apenas assim o contencioso administrativo fiscal será utilizado como verdadeiro meio de acesso à justiça.

⁸⁰ MARINS, op. cit., p. 160.

⁸¹ A justiça não deve apenas ser feita, é preciso também que seja visto que ela foi feita (tradução nossa).

Referências

- ATALIBA, Geraldo. *República e constituição*. São Paulo: Ed. RT, 1985.
- _____. Recurso em matéria tributária. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, v. 25, n. 97, p. 111-132, 1988. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/181823>>. Acesso em: 15 abr. 2018.
- BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2013.
- BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil* (1988). Brasília: Senado Federal, 1988.
- _____. Ministério da Fazenda. Portaria MF nº 343, de 9 de junho de 2015. Aprova o Regimento Interno do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais (CARF) e dá outras providências. Diário Oficial, Brasília, DF, 10 jun. 2015. Disponível em: <<http://idg.carf.fazenda.gov.br/acesso-a-informacao/institucional/regimento-interno/reg-outros/ricarf-multi-11072016.pdf>>. Acesso em: 20 abr. 2018.
- _____. Receita Federal. Portaria MF nº 153, de 17 abril de 2018. Altera o Regimento Interno do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais (CARF), aprovado pela Portaria MF nº 343, de 9 de junho de 2015. Diário Oficial, Brasília, DF, 18 abr. 2018a. Disponível em: <<http://normas.receita.fazenda.gov.br/sijut2consulta/link.action?idAto=91558&visao=anotado>>. Acesso em: 25 abr. 2018.
- _____. Superior Tribunal Federal. ADI 5.731/DF. Rel. Min. Gilmar Mendes. Brasília, 17 de abril de 2020. DJe, Brasília, 22 abr. 2020.
- _____. Superior Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 94641/BA. Relator Min. Ellen Gracie. DJ-e, Brasília, 11 nov. 2008b. Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14717055/habeas-corpus-hc-94641-ba>>. Acesso em: 17 abr. 2017.
- CAIS, Cleide Previtalli. *O processo tributário*. 6 ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2009.
- CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 30 ed. São Paulo: Atlas, 2016.
- CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 30 ed. São Paulo: Malheiros, 2014.
- COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Convenção Americana de Direitos Humanos* (Pacto de San José da Costa Rica). San José, Costa Rica, 22 de novembro de 1969.
- CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Justiça em números 2017: ano-base 2016*. Brasília: CNJ, 2017.

GRINOVER, Ada Pellegrini. O contencioso administrativo na Emenda nº 7. *Revista de Direito Público*, [S.l.], v. 55, p. 247-279, 1977.

HOLANDA, Aurélio Buarque de. *Minidicionário da língua portuguesa*. 4 ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2000.

INSTITUTO IBERO-AMERICANO DE DIREITO PROCESSUAL. Código modelo de processos administrativos – judicial e extrajudicial – para Ibero-América. *Revista Eletrônica de Direito Processual*, Rio de Janeiro, v.10, n. 10, p. 360-383, 2012. Disponível em: <<http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/view/20362/14695>>. Acesso em: 11 jun. 2018.

KUNZLER, Ivo José. Os tribunais administrativos tributários no Brasil: a República, o Estado democrático de direito e a inconstitucionalidade do processo administrativo fiscal tributário frente aos princípios constitucionais. *Revista Científica Codex*, Colômbia, v. 2, n. 2, p. 31-59, 2017. Disponível em: <<http://revistas.udenar.edu.co/index.php/codex/article/view/3387/3937>>. Acesso em: 20 maio 2018.

MARINS, James. *Princípios fundamentais do direito processual tributário*. São Paulo: Dialética, 1998.

NEDER, Marcos Vinicius; MARTÍNEZ LÓPEZ, Maria Teresa. *Processo administrativo fiscal federal comentado*. 3 ed. São Paulo: Dialética, 2010.

PERLINGEIRO, Ricardo. Desafios contemporâneos da justiça administrativa na América Latina. *Revista de Investigações Constitucionais*, Curitiba, v. 4, n. 1, p. 167-205, 2017. Disponível em: <<https://revistas.ufpr.br/rinc/article/view/50155/31679>>. Acesso em: 21 jun. 2018.

RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça do Estado. Processo nº 0033920-33.2018.8.19.000. Rel. Des. Lindolpho Morais Marinho. DJe, Rio de Janeiro, 29 jun. 2018.

TRIBUNAL EUROPEU DE DIREITOS HUMANOS (TEDH). *Caso Piersack x Bélgica*. [Estrasburgo], 1º de Outubro de 1982.

XAVIER, Alberto. *Princípios do processo administrativo e judicial tributário*. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

Capítulo 7

Proteção da Confiança Legítima: Dever Exclusivo dos Tribunais?

Augusto Moutella Nepomuceno

Resumo

De modo preliminar, os aspectos norteadores da pesquisa e reflexão realizada quanto ao princípio (da proteção) da confiança legítima, estão no fato deste ser ou não uma exclusividade de aplicação de parte dos tribunais no cenário pátrio. Assim, embora haja uma protagonismo desta análise no ambiente jurídico brasileiro, é inevitável as influências advindas não só de parte da já citada Alemanha ocidental do pós segunda guerra, mas também das ideias revolucionárias francesas e nem tanto no conservadorismo britânico, os quais incrivelmente possuem traços de semelhança com a realidade normativa direta, ou mesmo colateralizada daquilo que pretende ideologicamente o princípio, quando sobre a ótica das Américas, mais precisamente na América Latina. Com isso, compreendido o momento de origem constitutiva e seu caminho influenciado na Europa e todo o convencionalismo que o faz recair nas Américas, verifica-se que muito além de uma ideia descrita e assim materializada de modo principiológico, e ou dispositivo em alguns casos, se acredita tratar da própria essência de todo Estado governo. Há que se perceber que ao sinonimar o aludido princípio a outros como boa fé e segurança jurídica, ou ainda buscar supostos fragmentos seus como numa busca paleontológica, não supre a necessidade de estar claro e efetivamente disposta em literalidade perante as partes desta dicotomia, administração e administrados. O que se percebe mais uma vez no direito brasileiro, é o poder judiciário tendo que manter alicerçado, diante da ausência de seus pares na tríade dos poderes do Estado, a necessidade de se respeitar este e outros princípios fundamentais ao atuar governamental. Muitas das vezes tal agir, embora inevitável e saneador, é dito como judicialização da política ou mesmo da administração pú-

blica, porém este atuar administrativo prevalente no poder executivo não demonstra indícios minimamente palpáveis de absorção e, sobretudo efetividade em aplicar a confiança legítima, o que fomenta este distanciamento face a compreensão do princípio como algo indissociável às atitudes das autoridade públicas. Portanto, não se quer crer como adequado que a confiança legítima permaneça estabelecida no Brasil por precedentes, rogando-se às instituições competentes que suas legislaturas e atos de gestão demonstrem conhecimento e a deferência peculiar de modo concreto.

Palavras-chave

Confiança legítima, administração pública, funções públicas, poderes estatais.

Sumário

1. Introdução
2. Análise dogmática e origem histórica constitutiva da confiança legítima
3. Confiança legítima e Neoconstitucionalismo
4. Confiança legítima no cenário pátrio e a prevalência de aplicação no Judiciário: crise de efetividade e omissão dos demais poderes
5. Conclusões

1. Introdução

De fato o fortalecimento do Pós-positivismo representa um dos mais significativos traços do direito constitucional contemporâneo, que passa por uma fase denominada Neoconstitucionalismo ou processo de constitucionalização do direito.¹ Advindo de uma realidade europeia do pós-guerra, a Alemanha ocidental tem significativo papel neste processo e fenômeno ora comentado, apesar de inegável influencia coadjuvante de França e Reino Unido, com as devidas ponderações de ênfase proporcionais em prevalência ao contratualismo Russoniano. No Brasil após a promulgação da Constituição de 88, o que alguns chamam de Neoconstitucionalismo, marcado por uma nova concepção de Constituição, abrange o alargamento de suas tarefas, a aceitação de seu caráter normativo, a eficácia soberana de seus preceitos por todos os ramos da ordem jurídica, bem como a afirmação do papel da jurisdição constitucional.

Assim, a constitucionalização do direito coloca em destaque o papel atual dos princípios constitucionais e a centralidade dos direitos fundamentais, provocou a necessidade de ressignificação das tradições jurídicas a este respeito, como, por exemplo, a reconstrução da concepção de supremacia do interesse público sobre o privado, a possibilidade de controle do mérito administrativo a partir das disposições constitucionais, bem assim a superação da ideia de princípio da legalidade unicamente como vinculação positiva do administrador à lei.

É bem verdade que em sua origem, a escola tradicional e originária de direito administrativo traz que, o princípio da legalidade é considerado o mais importante, na célebre lição de Hely Lopes Meirelles, dando-lhe significância no sentido de que qualquer ato inquinado de vício de ilegalidade, por menor que fosse a afronta à lei, deveria ser extirpado do mundo jurídico. Com o passar do tempo, essa visão foi sendo atenuada, passando-se a defender, como o fez Almiro do Couto e Silva² em estudos pioneiros, que seria necessário convalidar atos ilegais depois de certo prazo, de modo que, após cinco anos, em princípio, o ato ilegal não deveria ser anulado, pois haveria uma espécie de convalidação pelo decurso do tempo.

Na atualidade, há total tranquilidade quanto a defesa de certas convalidações, não podendo de fato partir-se de uma premissa perigosamente absoluta quando legalidade dada a ponderação subjetiva de valores a luz de outros, também princípios constitucionais da administração pública, porque a segurança jurídica decorre da cláusula geral do Estado Democrático de Direito (art. 1º da CF/88), logo se trata de um grau diverso, mais amplo, de legalidade, que, hoje, não deve mais ser compreendida, repito, como mera vinculação positiva do

¹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. O STJ e o princípio da segurança jurídica. *Migalhas*, [S.l.], 14 maio 2019.

² SILVA, Almiro do Couto e. Princípios da legalidade da Administração Pública e da segurança jurídica no Estado de Direito Contemporâneo. *RPGE*, Porto Alegre, p. 13 a 31; SILVA, Almiro do Couto e. 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 9.784/99). *RPGE*, Porto Alegre, p. 33-75, 2004.

administrador à lei. Em atenção ao princípio da juridicidade, o administrador deve respeitar não só a lei em sentido estrito, mas o direito como um todo. Segurança jurídica é, portanto, elemento de juridicidade.

Algumas discussões ainda, trazem a baila questões como a dicotomia “segurança jurídica *versus* justiça”, aduzindo, por exemplo, que institutos como a prescrição e a decadência podem cancelar injustiças, muito embora sejam conhecidos instrumentos garantidores de segurança jurídica. Deve-se observar, no entanto, que garantir segurança jurídica é uma forma de garantir justiça. Não são valores que se opõem, portanto.

Colhendo das valiosas lições do Professor Dr. Ricardo Perlingeiro, o tema da Confiança Legítima, a luz da segurança jurídica e da boa-fé, vem sendo revalorizado em razão da sociedade de risco em que vivemos, do imperativo econômico, da ampliação do Estado, do incremento da instabilidade e da perda da qualidade de nossa ordem jurídica. Deste modo, a tríade principiológica que embasa esta dicotomia administração e administrado, pode ser compreendida como acessibilidade, previsibilidade e estabilidade. Acessibilidade refere-se à clareza e precisão das normas; previsibilidade alude à possibilidade de calcular, de antever o comportamento da Administração e não ser surpreendido; estabilidade denota que eventuais alterações da decisão devem ocorrer com base em processo pré-determinado.³

2. Análise dogmática e origem histórica constitutiva da confiança legítima

O princípio (da proteção) da confiança legítima nos parece uma reação com certo caráter reflexo ao uso abusivo de normas jurídicas e de atos administrativos que, de forma brusca e inesperada, surpreendam seus destinatários. Interessante destacar que o princípio da proteção da confiança surge na Alemanha, após a 2ª Guerra Mundial, sobretudo a partir da jurisprudência dos tribunais, tendo sido consagrado, num primeiro momento, no famoso caso da viúva de Berlim,⁴ julgado pelo Superior Tribunal Administrativo de Berlim, em 1956, no qual restou decidido que a viúva deveria continuar a receber a pensão ainda que *contra legem*, de maneira que, no caso, o princípio da legalidade cedeu espaço ao princípio da confiança legítima.

Na origem, portanto, o indigitado princípio foi empregado para limitar a possibilidade de anulação dos atos administrativos que criavam benefícios aos particulares. A ideia de segurança jurídica por ser muito ampla abarca em sua concepção a proteção da confiança e a boa-fé. Seu fundamento constitucional implícito seria a cláusula do Estado democrático de direito (art. 1º da CF/88), como já exposto anteriormente, porque este pressupõe a segurança jurídica.

³ PERLINGEIRO, Ricardo. A justiça administrativa brasileira comparada (Comparative Administrative Justice in Brazil), *Revista CEJ*, Brasília, ano XVI, n. 57, p. 6-18, maio/ago. 2012.

⁴ OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Princípios do direito administrativo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p.178.

3. Confiança legítima e Neoconstitucionalismo

A ideia de proteção da confiança legítima surge como uma reação ao uso abusivo de normas jurídicas e de atos administrativos que, de forma brusca e inesperada, surpreendam seus destinatários. A ideia de segurança jurídica por ser muito ampla abarca em sua concepção a proteção da confiança e a boa-fé. Seu fundamento constitucional implícito seria a cláusula do Estado democrático de direito (art. 1º da CF/88), como já exposto anteriormente, porque este pressupõe a segurança jurídica.

Importante lembrar que é preciso ponderar o princípio da proteção da confiança legítima com os demais princípios colidentes no caso concreto, sem esquecer que sua aplicação não deve ser feita indiscriminadamente, na busca desarrazoada de estabilização das relações jurídicas, sob pena de até mesmo provocar um engessamento do direito, que é essencialmente dinâmico. Pode-se observar que o campo de aplicação do princípio da confiança é tão amplo, que tem sido utilizado para limitação da autotutela administrativa, garantia de tratamento isonômico entre os administrados, estabelecimento de regras transitórias ou mesmo outras medidas para levar a efeito alterações normativas e ressarcimento pela frustração das legítimas expectativas.

Do princípio da confiança legítima podemos extrair efeitos negativos, que se referem ao dever de abstenção pelo poder público de realização de atos administrativos restritivos ou ablativos, como no caso de limitação do poder de autotutela administrativa, bem como efeitos positivos, que apontam para o dever de edição de atos administrativos benéficos, que reconheçam ou aumentem os direitos dos administrados, como o dever de nomear os candidatos aprovados em concurso público dentro do número de vagas definido no edital, e o dever de ressarcir os administrados cuja confiança foi violada, quando, por exemplo, uma permissão de uso condicionada é revogada antes do prazo acordado.

Cumprir observar que, seja no efeito negativo ou positivo, o princípio da confiança atua como um mecanismo de redução da discricionariedade do administrador, que pode ser parcial ou total, quando, neste último caso, as possibilidades de escolha apontadas abstratamente pela norma são reduzidas, levando-se em conta as situações fáticas e jurídicas em concreto, de maneira que o administrador perde, no caso específico, a discricionariedade.

4. Confiança legítima no cenário pátrio e a prevalência de aplicação no Judiciário: crise de efetividade e omissão dos demais poderes

Recomenda-se que a compreensão jurídica de um determinado princípio se ocupe de dois principais aspectos. De um lado, a compreensão de seu conteúdo jurídico. De outro, a sua operabilidade, ou seja, a indicação, ainda que não exaustiva, de instrumentos pelos quais tal

princípio se mostra concretamente incidente. Isso porque, em relação a princípios jurídicos, não há como defini-los sem que se considere sua aplicabilidade ou, como aqui se prefere, sua operabilidade. Do mesmo modo – isso não é menos verdadeiro –, um determinado princípio jurídico somente admitirá uma construção teórica de definição se atentar para a sua aplicabilidade, ou seja, como se extrai das ideias de Humberto Ávila, uma teoria dos princípios jurídicos deve, de um lado, partir da sua definição à sua aplicação, mas, também, de outro, não se pode prescindir de sua aplicação para se alcançar sua definição.⁵

No item anterior, analisou-se o conceito e o conteúdo dogmático do princípio da proteção da confiança legítima no Direito Administrativo. Afirmou-se, em suma, que tal norma jurídica há de ser considerada como um princípio deduzido, em termos imediatos, do princípio da segurança jurídica e, em termos mediatos, do princípio do Estado de Direito, com precípua finalidade voltada à obtenção de um estado de coisas que enseje estabilidade, previsibilidade e calculabilidade dos atos, procedimentos ou simples comportamentos estatais e que traz consigo deveres comportamentais mediatos que impõem a preservação de atos estatais e de seus efeitos. Lembre-se, quanto ao ponto, que as normas do tipo princípio se caracterizam por serem imediatamente finalísticas, ou seja, possuem como desiderato precípua a promoção de um estado de coisas.

No caso do princípio da proteção da confiança legítima, tal estado de coisas consiste na busca de estabilidade, previsibilidade e calculabilidade dos atos, procedimentos ou simples comportamentos levados a efeito pelo Poder Público, sobretudo em sede de atuação administrativa. As normas principiológicas, portanto, não têm escopo imediato de indução de deveres ou padrões comportamentais. Contudo, sobretudo em razão da confluência entre o estado de coisas almejado e os efeitos decorrentes de tais condutas, inegável que os princípios possuem uma preocupação mediata com institutos de sua concretização.

Dito de outro modo, quando uma conduta administrativa é perpetrada de modo contrário à lei ou ao Direito como um todo, tem-se que a regra geral é o dever – ou dever-poder, como acima referido – de a Administração Pública invalidar *ex officio* a conduta administrativa concretizada à revelia da lei e do Direito, ou seja, não se pode negar que a regra geral é a de que um ato administrativo inválido tenha de ser invalidado pela Administração Pública quando constatar o vício que o perverte. Contudo, não é possível admitir que a prerrogativa invalidatória da Administração Pública seja perpétua, isto é, que possa ocorrer de modo atemporal, sem qualquer restrição objetiva de tempo, sob pena de uma exagerada priorização do princípio da legalidade em total detrimento de outros valores não menos relevantes ao ordenamento jurídico-constitucional vigente.⁶

⁵ Nesse particular, vide o item “diretrizes para a análise dos princípios” em ÁVILA, Humberto Bergmann. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 72-75.

⁶ Extraí-se do RE 108.182. Rel. Min. Oscar Corrêa. Brasília, 30 de setembro de 1986, passagem em que o STF enunciou que “se não se nega à Administração a faculdade de anular seus próprios atos, não se há de fazer disso o reino do arbítrio”.

O reconhecimento de um dever-poder perpétuo de a Administração Pública extinguir seus atos administrativos viciados, ao homenagear irrestritamente a legalidade e um de seus principais consectários, a autotutela administrativa, esgotaria o sentido de outros princípios, como é o caso da segurança jurídica e da proteção da confiança. Tratar-se-ia, pois, de uma interpretação contrária ao postulado da “concordância prática”.

Nenhum princípio ou valor jurídico se apresenta absoluto, e mesmo a legalidade administrativa reclama ponderações. Dentre tais ponderações, uma há de ser aqui destacada, na medida em que propicia a concordância prática entre a legalidade e a proteção da confiança.⁷ Trata-se da fixação de um prazo máximo – de natureza decadencial⁸ – para que a Administração Pública exerça a sua prerrogativa de invalidação dos atos administrativos eivados de vícios formais ou materiais de invalidade, de modo que, dentro de tal prazo, tenha o Poder Público o dever, a competência vinculada de promover a anulação da conduta viciada, mas ultrapassado tal lapso temporal, esteja a Administração Pública proibida de promover a invalidação de tal ato.

Importa salientar, no que tange à decadência administrativa em comento, que a proteção substancial da confiança que lhe é subjacente mostra-se maior do que a simples preservação de efeitos já produzidos em face do ato inválido.⁹ Isso porque impossibilita a própria extinção do ato, assegurando, além dos efeitos pretéritos, a existência *pro futuro* do ato administrativo sobre o qual o referido prazo extintivo acoberta a invalidade. Vislumbrando-se a legalidade e a proteção substancial da confiança sob os auspícios da “ponderação de princípios” e da “concordância prática”, pode-se propor a metafórica referência a uma balança de dois pratos: no primeiro prato, colocam-se a legalidade, a autotutela, o dever de sujeição dos atos estatais à ordem jurídica, isto é, todos os valores que induzem à anulação de atos administrativos praticados de modo inválido; no outro, tem-se a proteção da confiança, a segurança jurídica, a boa-fé enquanto pressuposto, ou seja, uma série de valores que inspiram a preservação do ato administrativo mesmo que praticado de modo contrário a regras e princípios aplicáveis.

Nesse contexto metafórico, a previsão de um prazo de decadência serviria como o fiel da referida balança, porquanto antes de ser implementado o prazo pesaria mais a carga de valores *contra acti*,¹⁰ no sentido de que os valores decorrentes da noção de legalidade predom-

⁷ Louvando-se dos ensinamentos de Larenz, em LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. Lisboa: Calouste, 1983. p. 417, lembra Freitas que “entre os princípios (da legalidade e da confiança, por exemplo) não existe qualquer relação hierárquica fixa, no sentido de que o peso dos critérios particulares seja estabelecido de uma vez por todas. O peso, resguardadas as circunstâncias, depende do modo como se apresentam no caso em exame” (FREITAS, Márcia Bellini. O princípio da confiança no Direito Público. *Revista Jurídica*, Porto Alegre, v. 39, n. 168, p. 30, out. 1991).

⁸ Quanto à natureza decadencial de prazos deste jaez, vide MAFFINI, Rafael. *Princípio da proteção substancial da confiança no direito administrativo brasileiro*. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2006. p. 140-142.

⁹ Essa espécie de proteção – invalidação da conduta viciada, com a preservação de parte ou da totalidade de seus efeitos – merecerá tratamento mais detido.

¹⁰ GONZÁLES PÉREZ, Jesús. *El principio general de la buena fe en el derecho administrativo*. 3 ed. Madri: Civitas, 1999. p. 103.

minariam sobre os demais, ao passo que, uma vez implementado o prazo decadencial em comento, o prato mais pesado seria aquele que contém o conjunto de valores determinantes da preservação do ato inválido e de seus efeitos, com a predominância, assim, dos axiomas *favor acti*, em detrimento dos demais. Portanto, a decadência é um importante instrumento de ponderação e de concordância prática da legalidade e da proteção da confiança, que, por critérios razoáveis, em determinadas circunstâncias faz predominar um dos valores envolvidos e, em outras situações, prioriza o outro valor em jogo.

Como um importante dispositivo legal voltado justamente à fixação de critérios de ponderação entre a legalidade e a proteção da confiança, no sentido aqui vislumbrado, qual seja, na fixação de um prazo decadencial para o exercício da prerrogativa invalidatória da Administração Pública, coloca-se em destaque o art. 54 da Lei 9.784/1999,¹¹ segundo o qual “o direito da Administração de anular os atos administrativos de que decorram efeitos favoráveis para os destinatários decai em cinco anos, contados da data em que foram praticados, salvo comprovada má-fé”. De análise de tal regra legal, tem-se que a incidência de um prazo decadencial como limitador da prerrogativa anulatória da Administração Pública pressupõe a conjugação de requisitos, os quais passam a ser analisados.

O primeiro dos requisitos exigidos para que o prazo decadencial seja implementado, enquanto instrumento de concretização do princípio da proteção da confiança, consiste num aspecto invariável, porquanto presente em todas as espécies de condutas oriundas da atividade estatal de administração pública. Trata-se do atributo da “presunção de legitimidade e veracidade” dos atos e condutas administrativas, pelo qual, por maior que seja a aparência de irregularidade, guardarão em seu favor a presunção – *juris tantum* – de que foram perpetrados de acordo com a ordem jurídica, de forma a determinar a todos quantos forem os responsá-

¹¹ Cumpre recordar que a matéria em comento é uma daquelas sobre as quais cada ente federado porta autonomia para legislar, consoante anteriormente asseverado. Isso implica dizer que se os Estados-Membros, o Distrito Federal ou Municípios editarem as suas respectivas regras tratando da matéria, essas, por óbvio, serão as aplicáveis. Citam-se, por exemplo, a Lei Estadual 10.177/98, que previu um prazo decadencial de dez anos, e a Lei Estadual 3.870/02 e Lei Distrital 2.834/01, que estabelecem, para o Estado do Rio de Janeiro e para o Distrito Federal, um prazo de cinco anos para que a Administração Pública exerça a sua prerrogativa invalidatória. Já em relação aos entes federados que não possuírem regras legais próprias sobre a matéria, concorda-se com Nobre Jr. para quem “quanto aos demais Estados e Municípios, em que as respectivas leis não demarquem um interregno temporal ao exercício da competência de invalidar, de seguir a recomendação estabilizada pela doutrina, conforme a qual as situações jurídicas consolidadas pela passagem de razoável lapso de tempo, cuja fixação, dadas as particularidades do caso concreto, hão de ser fixadas pela Administração, ou pelo Judiciário, não mais podendo ensejar a superveniência de invalidação, contanto verificada a boa-fé [a proteção da confiança, da qual, no caso, a boa-fé é pressuposto] dos destinatários” (NOBRE JÚNIOR, Edílson Pereira. *O princípio da boa-fé e sua aplicação no Direito Administrativo brasileiro*. Porto Alegre: Safe, 2002. p. 201). Embora, em linhas gerais, tais ideias sejam adequadas, acredita-se, entretanto, que uma fixação casuística do prazo, em hipóteses como essa, poderia ensejar, ao contrário do pretendido, um status de insegurança jurídica. Justamente por tal razão é que se opta, mesmo em relação aos casos em que não há fixação do prazo por intermédio de uma regra legal positivada, ainda assim se fixar o tal prazo razoável nos tradicionais cinco anos, como sugerido, dentre outros, por SILVA, Almiro do Couto e. Prescrição quinquenária da pretensão anulatória da administração pública com relação a seus atos administrativos. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 204, p. 21-31, jan. 1996.

veis pela atividade administrativa, bem assim aos seus destinatários, que se considerem regulares tais espécies de atuação estatal.

É importante salientar que, consoante ensina Odete Medauar,¹² a presunção de validade das ações estatais encontra amparo explícito no próprio texto da Constituição Federal, notadamente no art. 19, II, da Carta Política, pelo qual “é vedado à União, ao Distrito Federal e aos Municípios ... recusar fé aos documentos públicos”.¹³ Em efeito, quando a Administração Pública pratica um determinado ato administrativo, o próprio Poder Público e, especialmente, os destinatários de tal ato jurídico são incentivados, em nome da presunção de validade, a depositar toda a confiança na validade da referida ação estatal.¹⁴ Há, portanto, não só numa acepção empírica, mas, numa feição eminentemente jurídica, a imposição de que se confie – e não de que se desconfie – dos atos jurídicos oriundos da atividade administrativa, mesmo que perpetrados de modo inválido.¹⁵ Lembre-se, nesse compasso, da preocupação nuclear de todo esse compartimento do trabalho, qual seja, o de se encontrar o que se deve considerar como a “pedra de toque” que qualificará de legítima a confiança depositada no ato estatal, outorgando-lhe, assim, a merecida proteção jurídica.

No caso do instrumento de concretização do princípio da proteção da confiança que aqui se destaca, qual seja, a fixação de um prazo decadencial para o exercício da potestade invalidatória da Administração Pública, quer parecer, estreme de dúvidas, que o elemento nuclear determinante de tal proteção é justamente a presunção de validade do ato administrativo que induz os seus destinatários a confiar em sua regularidade.¹⁶ Já se disse no STF que a “presunção de legitimidade do ato administrativo praticado, que não pode ser afastada unilateralmente, porque é comum à Administração e ao particular”.¹⁷ Sendo, pois, a presunção de

¹² MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*. 6 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 159.

¹³ Por ocasião do julgamento, junto ao Supremo Tribunal Federal, do MS 24.268, Rel. p/ Acórdão Min. Gilmar Mendes. Brasília, 05 de fevereiro de 2004, pronunciou-se o Min. Carlos Ayres Britto no sentido de que “a própria Constituição assevera, no art. 19, inciso II, que não se pode ‘recusar fé aos documentos públicos’. Essa é uma das matrizes do princípio da presunção de validade dos atos jurídicos”.

¹⁴ Lembre-se do exemplo contido na nota 304 em relação à aprovação de um candidato em concurso público inválido por conta do comportamento de um outro certamista. Num caso como o lá exemplificado, um candidato, quando logra aprovação no concurso público, não tem nenhuma razão para desconfiar da lisura de tal procedimento de seleção pública. Ao contrário, por certo, nele confiará, deixando de lado a preocupação de se preparar para outros concursos públicos, justamente porque aquele no qual fora aprovado tem em seu favor a presunção de validade.

¹⁵ Por tal razão, entende França que os atos administrativos deverão ser sempre considerados válidos, enquanto não houverem sido considerados nulos em sede de provimento judicial ou administrativo de invalidação, ou não sejam convalidáveis, assim considerados os atos portadores de vícios sanáveis, segundo pronunciamento administrativo. Importante referir que o autor entende que, não havendo pronunciamento judicial ou administrativo acerca da suposta invalidade da ação administrativa, deve ser considerada válida, justamente em nome da presunção de validade (FRANÇA, Vladimir da Rocha. *Classificação dos atos administrativos inválidos no Direito Administrativo brasileiro. Revista trimestral de direito público*. São Paulo, n. 32, p. 83-100, 2000).

¹⁶ GONZÁLES PÉREZ, Jesús. *El principio general de la buena fe en el derecho administrativo*. 3 ed. Madri: Civitas, 1999. p. 130.

¹⁷ BRASIL. STF. RE 158.543. Rel. Min. Marco Aurélio. Brasília, 30 de agosto de 1994 e BRASIL. STF. RE

validade um atributo que também protege o destinatário do ato administrativo, não se pode negar à confiança que esse depositou no ato administrativo que lhe beneficia a condição de uma “confiança legítima”.

Em efeito, num dos tantos critérios taxionômicos pelos quais se podem sistematizar os atos administrativos, no que tange à sua eficácia em relação aos destinatários, tal espécie de atuação estatal pode ensejar benefícios ou restrições. Aqueles, ou seja, os benéficos, são denominados “atos ampliativos”,¹⁸ ao passo esses, ou seja, os restritivos de direitos, são chamados de “atos ablativos”. Diante de tal classificação, há de se ter que o prazo decadencial para o exercício da potestade invalidatória da Administração Pública somente diz respeito aos atos administrativos que produzem efeitos benéficos aos seus destinatários, ou seja, aos atos administrativos ampliativos.

Isso porque, como será oportunamente demonstrado, a proteção da confiança reclama-rá – e esse será o terceiro requisito, a seguir examinado – que o destinatário tenha obrado de boa-fé, assim entendido não ter contribuído para a invalidade que vicia o ato administrativo. Do mesmo modo, o núcleo teórico da decadência, que torna legítima a confiança depositada pelo destinatário de um ato, qual seja, a presunção de legitimidade que o qualifica, não pode se prestar à justificação de uma situação prejudicial ao depositante. Ora, não se há de admitir que a boa-fé do destinatário de um ato administrativo viciado ou que a confiança por ele depositada possam ser empregadas para a preservação de uma conduta administrativa que seja contrária aos seus interesses.¹⁹ Em outras palavras, somente se poderá empregar a proteção da confiança, no intuito de se implementar a decadência aqui analisada, quando se tratar de uma conduta administrativa benéfica ao destinatário depositante de tal confiança.

Assim, segundo tal critério, o prazo decadencial previsto no art. 54 da Lei n° 9.784/1999 somente existiria no caso de invalidade de atos administrativos ampliativos, ou seja, atos administrativos dos quais decorram efeitos favoráveis aos seus destinatários. O terceiro pressuposto de implementação do prazo decadencial consiste num elemento relacionado com um aspecto subjetivo dos destinatários do ato administrativo inválido. Trata-se da boa-fé, que, de resto, é presumida. Tal aspecto merece uma análise cuidadosa, sobretudo em função da

199.733. Rel. Min. Marco Aurélio. Brasília, 15 de dezembro de 1998.

¹⁸ Atos que conferem benefícios aos destinatários são denominados “atos ampliativos”, os quais, segundo Sérvulo Correia são aqueles que “constituam direitos na esfera jurídica do destinatário, eliminem restrições ao exercício de direitos pré-existentes, eliminem ou restrinjam obrigações, ou, ainda, que constituam na esfera jurídica do particular situações jurídicas activas diferentes dos direitos subjectivos, designadamente simples poderes ou faculdades” (CORREIA, José Manuel Sérvulo. *Legalidade e autonomia contratual nos contratos administrativos*. Coimbra: Almedina, 2003. p. 290). Na redação do art. 54 da Lei 9.784/1999 utilizou-se a expressão “atos de que decorram efeitos favoráveis para os destinatários”.

¹⁹ CASTILLO BLANCO, Federico A. *La protección de confianza en el derecho administrativo*. Madrid: Marcial Pons, 1998. p. 139-140, para quem “cuestión, por otra parte, bastante lógica, pues, por lo general, el ciudadano gravado por un acto administrativo no habrá puesto ninguna confianza digna de protección en el mantenimiento de ese acto”.

distinção pretendida na primeira parte do trabalho entre o princípio da proteção da confiança e a boa-fé. Afirmou-se, naquele contexto, que, embora fossem conceitos muito próximos e normalmente empregados indistintamente, não seriam sinônimos, propondo-se que a boa-fé seria, em verdade, um pressuposto da incidência do princípio da proteção da confiança, especialmente no que tange aos atos administrativos de efeitos concretos.

Tal afirmação, inclusive, parece ser muito mais compreensível nesse momento do que naquele, uma vez que a decadência ora analisada apresenta-se justamente condicionada à boa-fé. Por primeiro, há de ser indagado de quem seria a boa-fé exigida para fins de implementação do prazo decadencial. A resposta, ao que parece, deve ser no sentido de que a boa-fé reclamada é a dos destinatários dos atos administrativos inválidos, não a dos responsáveis, junto à Administração Pública, pela concretização do ato administrativo em tela. Rogando-se vênia a quem pensa o contrário,²⁰ não parece existir congruência em se condicionar a proteção da confiança que administrados depositam legitimamente em favor de atos que lhe são benéficos a um elemento subjetivo atribuível a outras pessoas.²¹ Não se pode perder de vista, nesse sentido, que o instrumento de ponderação consistente na estipulação de um prazo decadencial para a invalidação *ex officio* de atos administrativos apresenta-se como uma forma de proteção da legítima confiança depositada por um administrado em relação a um ato que guarda em seu favor a presunção de validade, atributo esse que, por seu turno, não reclama a boa-fé de quem o pratica ou de terceiros.

Assim, não se poderia condicionar a incidência da decadência a um aspecto de índole subjetiva ou comportamental – a boa-fé – atribuível a quem não fosse o próprio destinatário de tal proteção, seja o agente público responsável pela prática do ato administrativo, seja um terceiro qualquer. Nesse sentido, mesmo outros princípios, como é o caso da moralidade administrativa – argumento utilizado para se exigir indevidamente a boa-fé de outros que não o destinatário do ato –, podem e devem ser ponderados com a proteção da confiança.

²⁰ É o caso, por exemplo, de Freitas para quem “parece que não se deve restringir a compreensão do dispositivo sem perda de parcela significativa do seu conteúdo: o dispositivo alude à má-fé em geral, seja a do administrado, seja a do administrador, isoladamente consideradas ou em conjunto, porquanto o prisma de restrição macularia, entre outros, o princípio da moralidade jurídica. Dito clara e objetivamente: havendo má-fé do “administrado” ou do agente público (neste caso, configurando improbidade administrativa), não se aplica o prazo de cinco anos (ainda que outro prazo decadencial exista e seja o proposto interpretativamente), nem se aplica, do mesmo jeito, o critério do cômputo do prazo” (FREITAS, Juarez. Dever de motivação, de convalidação e de anulação: deveres correlacionados e proposta harmonizadora. *Revista Interesse Público*, Porto Alegre, n.16, p. 44, out./dez. 2002). Antes disso, o mesmo autor havia vertido tais considerações em FREITAS, Juarez. Processo administrativo federal: reflexões sobre o prazo anulatório e a amplitude do dever de motivação dos atos administrativos. In: SUNDFELD, Carlos Ari; MUÑOZ, Guillermo Andrés (Org.). *As leis de processo administrativo: Lei Federal 9.784/1999 e Lei Paulista 10.177/98*. São Paulo: Malheiros Editores, 2000. p. 100.

²¹ No sentido defendido, ou seja, de que se exige a boa-fé do destinatário, não de quem pratica o ato ou de terceira qualquer vide, dentre outros: FRANÇA, Vladimir Rocha. Classificação dos atos administrativos inválidos no direito administrativo brasileiro. *Revista trimestral de direito público*. São Paulo, n. 32, p. 110, 2000; e SIMÕES, Mônica Martins Toscano. *O processo administrativo e a invalidação de atos viciados*. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 169.

Questão interessante diz respeito aos atos administrativos que produzem efeitos benéficos a uma gama de destinatários, dos quais somente alguns contribuíram para a invalidade, ao passo que os demais nada fizeram para que o ato administrativo tivesse sido praticado à revelia da ordem jurídica. Imagine-se, nesse sentido, um concurso público em que somente um candidato houvesse fraudado o certame, por exemplo tendo acesso às provas antes de sua realização, ao passo que todos os demais candidatos aprovados o foram por seus próprios méritos. Em casos como esse, quer parecer que não haverá nenhum problema em ser a conduta administrativa cindida, para fins de diferenciar o tratamento jurídico – relativo à decadência – em relação aos destinatários que deram causa (destinatários de má-fé) e aqueles que não deram causa à invalidade (destinatário de boa-fé).

Assim, a solução seria a seguinte: em relação aos destinatários de boa-fé, implementadas as outras condições ora analisadas, impõe-se a configuração da decadência, obstando-se a Administração Pública de invalidar a conduta; em relação aos terceiros causadores do vício intrínseco ao ato, não há de se falar em decadência, consoante oportunamente analisado. Propõe-se, quanto a tal aspecto, que o significado que se deva atribuir a tal exigência anda no sentido – que conflui nos sentidos objetivo e subjetivo da boa-fé – de não serem atribuíveis ao destinatário do ato as razões pelas quais tal ato administrativo se apresenta viciado,²² ou seja, estará cumprida a exigência de boa-fé referida no art. 54 da Lei n° 9.784/1999 quando não for possível imputar – direta ou indiretamente – a invalidade do ato administrativo ao seu beneficiário.

Em sentido contrário, sempre que as razões pelas quais o ato se apresenta viciado puderem ser consideradas como originadas de condutas atribuíveis ao destinatário do ato, terá esse obrado de má-fé, não sendo, pois, a sua confiança digna de qualquer proteção.²³ O quarto requisito necessário para a ponderação entre a legalidade e a proteção da confiança, no que

²² O que é, pois, agir de boa-fé? É agir sem malícia, sem intenção de fraudar a outrem. É atuar na suposição de que a conduta tomada é correta, é permitida ou devida nas circunstâncias em que ocorre. É, então, o oposto da atuação de má fé, a qual se caracteriza como o comportamento consciente e deliberado produzido com o intento de captar uma vantagem indevida (que pode ser ou não ilícita) ou de causar a alguém um detrimento, um gravame, um prejuízo, injustos” (BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. O princípio do enriquecimento sem causa em direito administrativo. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 210, p. 34, out. 1997).

²³ Concorde-se, nesse particular, com o julgado encontra na jurisprudência do STJ, qual seja, o REsp 603.135. Rel. Min. Teori Zavascki. Brasília, 08 de junho de 2004, pelo qual “o prazo decadencial de cinco anos para a Administração anular seus próprios atos (art. 54 da Lei 9.784/1999) não se aplica aos casos de comprovada a má-fé”. Extraí-se do voto do ilustre relator, nesse sentido, elucidativa passagem acerca da má-fé do destinatário do ato. Verbis: “da situação fática consolidada no acórdão recorrido vê-se que o recorrente teve sua matrícula cancelada depois de constatada a ocorrência de fraude no vestibular. O relator refere que restou comprovada a fraude em razão da confissão do recorrente e da ‘apresentação de carteira falsa, com a aposição da fotografia de uma outra pessoa’ (fl. 341). Estando comprovada a má-fé do administrado na obtenção de sua aprovação no vestibular, ainda que se aplicasse o disposto no art. 54 da Lei 9.784/1999, o prazo decadencial de cinco anos restaria afastado por expressa determinação legal”.

concerne à decadência em tela, corresponde ao elemento mais objetivo de todos, qual seja, o decurso de um prazo, correspondente ao quinquênio,²⁴ a contar da prática do ato viciado ou, no caso de efeitos patrimoniais contínuos, da percepção do primeiro pagamento.²⁵

Além da decadência da prerrogativa anulatória, o princípio da proteção da confiança legítima, em sentido substancial, também se concretiza por meio da preservação total ou parcial de efeitos jurídicos produzidos por condutas administrativas invalidadas. Em nome da proteção da confiança justificam-se outros instrumentos que concretizam tal princípio, mesmo que em grau menor,²⁶ como, por exemplo, a preservação dos efeitos jurídicos já produzidos em decorrência de atos administrativos inválidos. Em tais casos, não se preserva o ato administrativo *pro futuro* (efeitos pretéritos e efeitos futuros), como na decadência, mas se mantêm, ao menos, todos ou alguns dos efeitos que até então tal ato já produziu.

Como se disse em relação à prerrogativa invalidatória propriamente dita, a situação ordinária é justamente a invalidação de atos administrativos que padeçam de alguma invalidade. Destinadas atenções à preservação de efeitos totais ou parciais produzidos por um determinado ato administrativo inválido, imperioso é o reconhecimento de uma inafastável premissa teórica, qual seja, a de que a invalidação de uma ação administrativa possui ordinária retroeficácia, ou seja, quando for o caso de se promover a invalidação de um determinado ato administrativo, a regra é a de que seja a invalidação apta à desconstituição dos efeitos jurídicos produzidos por tal ato viciado. Diz-se, assim, que a invalidação caracteriza-se por ser, em geral, *ex tunc*.²⁷ Aproveitando-se, ainda, o paralelo proposto, tal como a prerrogativa invalidatória é excepcionada pelo prazo decadencial acima estudado, também a eficácia ordinariamente retroativa da anulação – administrativa ou judicial – de um ato administrativo apresenta-se excepcionável pela preservação não do ato propriamente dito, mas de alguns ou de todos os efeitos até então produzidos.

²⁴ Importante ser dito que, em criticável providência, adotou-se o imperial instrumento previsto no art. 62 da Constituição Federal, para, através da Medida Provisória 138, de 20 de novembro de 2003, convertida na Lei 10.839/2004, inserir-se o art. 103-A da Lei 8.213/1991, o qual previu que o “direito da Previdência Social de anular os atos administrativos de que decorram efeitos favoráveis para os seus beneficiários decai em dez anos, contados da data em que foram praticados, salvo comprovada má-fé”. Tal regra, que obviamente não revogou o art. 54 da Lei 9.784/1999, trouxe norma especial em relação à “Previdência Social”, em que se ampliou o prazo decadencial de cinco para dez anos. Quanto ao novel dispositivo tem-se a dizer, inicialmente, que o prazo decenal é irrazoável, se considerada a regra geral de um prazo quinquenal e, sobretudo se lembrado qual o “público-alvo” dos destinatários dos atos praticados pela Previdência Social. Não há qualquer problema e serem estabelecidos prazos diferenciados em situações diversas, desde que os critérios de diferenciação sejam empregados com razoabilidade, o que não é, neste caso, observado.

²⁵ Em relação aos atos dos quais decorram efeitos patrimoniais sucessivos, estabelece o art. 54, § 1º, da Lei 9.784/1999 que “no caso de efeitos patrimoniais contínuos, o prazo de decadência contar-se-á da percepção do primeiro pagamento”.

²⁶ A referência a um “grau menor” aqui empregada, tem como parâmetro a decadência da prerrogativa invalidatória, a qual, como se sustentou, concretiza a proteção da confiança em grau máximo.

²⁷ Nesse sentido, vide MAFFINI, Rafael. *Elementos de direito administrativo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016. p. 122-123.

A questão poderia ser assim proposta: não se configurando hipótese em que a invalidação estaria, por alguma razão,²⁸ obstada, deve-se promover a invalidação do ato, seja pelo Poder Judiciário, seja pela própria Administração Pública, porquanto perpetrado à revelia da ordem jurídica. A invalidação é acompanhada pelo seu ordinário efeito desconstitutivo de retirar do mundo jurídico os efeitos até então produzidos desde a prática viciada do ato. No entanto, tal eficácia desconstitutiva poderá ser, em nome da proteção substancial da confiança legítima, mitigada e até neutralizada, no sentido de que todos ou, ao menos, alguns dos efeitos até então produzidos sejam preservados. Trata-se, pois, de casos justificados no princípio em foco, nos quais a invalidação terá efeitos *ex nunc*. Cumpre, nesse momento, sistematizar as hipóteses em que tal limite à retroeficácia dos atos de invalidação será concretizado em face da proteção da confiança.²⁹ Com efeito, eficácia *ex nunc* da invalidação de atos administrativos pode ser vislumbrada de duas perspectivas: a) dos efeitos produzidos em favor dos terceiros de boa-fé; b) dos efeitos produzidos em favor dos destinatários de boa-fé.

Em ambos os casos, um pressuposto pode e deve ser desde já considerado. Tal como na decadência administrativa da potestade anulatória da Administração Pública, o que torna a confiança “legítima” e, portanto, digna da proteção jurídica consubstanciada na preservação dos efeitos produzidos por um ato administrativo invalidado é, nuclearmente, a presunção de validade que caracteriza todos os atos administrativos. Demais disso, uma outra semelhança há de ser reconhecida entre a decadência administrativa e a eficácia não retroativa da invalidação de atos, qual seja, o sentido que se dá à “boa-fé”. A respeito, cumpre salientar que a boa-fé exigida, seja dos terceiros, seja em relação aos destinatários, significa que esses não tenham direta ou indiretamente dado causa à invalidade, isto é, significa que não tenham contribuído para o vício do ato administrativo. No que tange à eficácia *ex nunc* da invalidação em relação aos terceiros de boa-fé, a questão não se mostra tormentosa.³⁰ Mesmo que não se faça referência expressa à proteção da confiança, há abundante produção doutrinária e jurisprudencial acerca da preservação de efeitos em relação a terceiros de boa-fé. De início, é importante ser referido o que se entende por terceiro e o que se entende por destinatário. Quando um determinado ato administrativo é praticado, produz, invariavelmente, “efeitos diretos ou típicos”, assim compreendidos aqueles que atingem direta e imediatamente deter-

²⁸ Além da decadência da potestade invalidatória, pode-se mencionar como óbice à invalidação a convalidação do ato administrativo, quando o vício de que é portador se qualificar como defeito sanável. No direito posto no plano federal, vide o art. 55 da Lei 9.784/1999. No plano científico, vide, por todos, ZANCANER, Weida. *Da convalidação e da invalidação dos atos administrativos*. 2 ed. 2ª tir. São Paulo: Malheiros Editores, 1993.

²⁹ Cumpre salientar que, na origem, a preservação de efeitos de atos invalidados estava fundamentada na “teoria da aparência”. Quer parecer que, sem ser alterada a conclusão, apresenta-se mais conveniente fundamentar-se tal instituto na proteção da confiança.

³⁰ Não seria equivocado afirmar que tal concepção da proteção da confiança, mesmo que tal princípio não tenha sido referido explicitamente, precede no direito pátrio todas as demais, inclusive a decadência administrativa.

minadas esferas jurídicas.

Os titulares de tais esferas jurídicas atingidas direta e imediatamente pelos efeitos produzidos por um determinado ato administrativo são considerados, em relação a esse ato, seus “destinatários”. Por exemplo, pode-se dizer que o destinatário de um ato administrativo de autuação fiscal é aquele que se caracteriza como responsável tributário, ou seja, aquele que terá, pela irregularidade cometida, a condição de autuado, o qual sofrerá diretamente os efeitos da autuação. Num outro exemplo, pode-se referir que o destinatário do ato administrativo de inativação do servidor público é o próprio servidor, o qual sofrerá imediatamente os efeitos de sua aposentadoria. Ocorre que os atos administrativos também poderão produzir “efeitos reflexos”, assim compreendidos aqueles que derivam de um determinado ato, sem, contudo, fazê-lo de forma direta. Aqueles que são atingidos por tais efeitos reflexos são os chamados “terceiros”.³¹

A questão primeiramente enfrentada diz respeito, pois, à preservação de efeitos jurídicos produzidos em favor de terceiros que não contribuíram para a invalidade que determinou a anulação de um determinado ato administrativo. Como já referido, a produção teórica acerca do tema é prodigiosa.³² Em efeito, a doutrina brasileira anda num caminho em que reconhece plenamente a limitação à eficácia retroativa da invalidação de atos no que diz com os efeitos produzidos pelos terceiros que não deram causa à invalidade. Já nas lições de Oswaldo Aranha Bandeira de Mello é possível encontrar passagem pela qual se tem que “embora de efeito retroativo, a declaração de nulidade ou da decretação da anulabilidade não envolve terceiros que, sem serem partes diretamente atingidas pelo ato nulo ou anulável, indiretamente receberam suas consequências”.³³

É importante ser referido que a máxima “o que é nulo não produz efeitos” recebe temperamentos no Direito Administrativo, uma vez que “a existência do interesse público ressal-

³¹ “Efeitos reflexos são aqueles que refletem sobre outra relação jurídica, ou seja, que atingem terceiros não objetivados pelo ato. Quer-se dizer: ao incidir sobre uma dada situação, o ato atinge outra relação jurídica que não era seu objetivo próprio. Os efeitos reflexos, portanto, são aqueles que alcançam terceiros, pessoas que não fazem parte da relação jurídica travada entre a Administração e o sujeito passivo do ato” (BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. Rio de Janeiro: FGV, 1997. p. 356). A definição proposta acerca do que se deva considerar por “terceiros” é também encontrada em TALAMINI, Daniele Coutinho. *Revogação do ato administrativo*. São Paulo: Malheiros Editores, 2002, p. 145-148 e também, no que parece ser a origem, ao menos em solo pátrio, em NOVELLI, Flávio Bauer. Eficácia do ato administrativo. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 61, p. 22-29, 1961.

³² Também no Direito Administrativo italiano, como noticia CARINGELLA, Francesco; DELPINO, Luigi; DEL GIUDICE, Federico. *Diritto amministrativo*. 15 ed. Napoli: Simone, 1999. p. 533 para quem “l’atto di annullamento ha efficacia retroattiva: fa, cioè, venir meno l’atto annullato dal momento in cui fu emanato (extunc). Pertanto cadono anche gli effetti dell’atto annullato. Tuttavia vi sono dei limiti alla efficacia retroattiva dell’annullamento. È inammissibile che vengano pregiudicare le posizioni giuridiche dei terzi in buona fede e potrebbe inoltre essere impossibile eliminare taluni degli effetti prodotti dall’atto viziato (factum infectum fieri nequit)”.

³³ BANDEIRA DE MELLO, Oswaldo Aranha. *Princípios gerais de direito administrativo*. v. 1, 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1979. p. 658.

va do alcance da anulação os efeitos que beneficiam terceiros de boa-fé, em relação da presunção de legitimidade. Não obstante a anulação declarada, tais efeitos são mantidos íntegros no mundo jurídico em atenção àqueles valores”. De outra sorte, deve-se colocar em destaque a questão que diz respeito à preservação de efeitos em relação aos destinatários que estiverem de boa-fé.

Em relação aos destinatários, que são partes direta e imediatamente interessadas nas relações jurídicas emergentes dos atos viciados, a questão não se apresenta tão uníssona quanto o é a matéria que pertine aos terceiros não causadores do vício. Com efeito, a questão ora evidenciada deve ser articulada com o tema da fixação de um prazo decadencial para a Administração Pública exercer a sua potestade anulatória, uma vez que esse instituto também se presta – fazendo-o essencialmente, inclusive – a tutelar a proteção da confiança depositada por um destinatário que não deu causa ao vício presente num determinado ato administrativo. Tal articulação é, de resto, singela. Isso porque a convivência entre, de um lado, a decadência administrativa e, de outro, a limitação da eficácia retroativa da anulação mostra-se harmonicamente, porquanto relacionados tais institutos através de um vínculo de subsidiariedade. Explica-se: se houver a implementação das condições necessárias para a decadência administrativa (presunção de legitimidade, ato benéfico, decurso do prazo e boa-fé do destinatário), essa será a tutela jurídica outorgada à confiança depositada pelo administrado, uma vez que se apresenta uma proteção maior. Falou-se numa maior proteção eis que a decadência, como já referido, protege não somente os efeitos pretéritos, mas também e sobretudo, o próprio ato administrativo, inclusive numa eficácia *pro futuro*. Caso contrário, se não foram tais requisitos implementados, especialmente se não houver transcorrido tal prazo decadencial,³⁴ a invalidação do ato administrativo se impõe. Nesse caso, a proteção outorgada ao destinatário do ato administrativo invalidado consistirá não na preservação do ato – como ocorreria se a decadência houvesse se implementado –, mas numa proteção menor, consubstanciada na preservação dos efeitos que até então foram produzidos em favor de tal destinatário, o qual não contribuiu para a invalidade do ato administrativo.

Resumindo-se a proposição defendida, pode-se sistematizá-la do seguinte modo: a) se o destinatário de boa-fé de um ato inválido que produz efeitos que lhe são benéficos houver gozado de tais vantagens pelo prazo apto a ensejar a decadência, o ato simplesmente não será invalidado, preservando-se tanto os efeitos passados como a sua aptidão para a produção de efeitos futuros; b) não tendo sido implementado tal prazo decadencial, não se poderá falar em preservação do ato, mas, ao menos, os efeitos até então produzidos deverão ser mantidos, ha-

³⁴ A falta de qualquer outro pressuposto, assim como inviabiliza a implementação da decadência, inviabilizará do mesmo modo a limitação à eficácia *ex tunc* da invalidação do ato administrativo. Se o ato portar consigo uma grosseira invalidade (v.g. o caso do usurpador acima referido), atenuando a presunção de legitimidade, ou se o destinatário houver contribuído para o vício intrínseco ao ato, ou, por fim, se o ato for prejudicial, em todos esses casos, estará inviabilizada a proteção ora evidenciada.

vendo a anulação, pois, em relação aos destinatários não causadores do vício, efeitos *ex nunc*.

Assim, sendo devida a invalidação de um determinado ato administrativo, impõe-se, ao menos, que incida em grau menor a proteção da confiança depositada pelo destinatário não causador da invalidade para que os efeitos até então produzidos em favor de tais destinatários sejam mantidos. Não se pretende, nesse sentido, propor que um ato invalidado continue a produzir eternamente os seus efeitos – o que ocorreria na decadência administrativa, obstativa da própria invalidação –, mas que os efeitos até então gerados pelo ato sejam mantidos. Tal conclusão, é importante salientar, enfrenta, por certo, resistências, as quais, de resto, são encontradas em relação a todos os institutos justificados na proteção da confiança. A tradição de um emprego hipertrofiado da legalidade ainda é marcante no Direito Administrativo pátrio.

Concorda, pois, com Celso Antônio Bandeira de Mello, segundo o qual, numa confessada evolução de pensamento, mesmo em relação aos destinatários dos atos administrativo inválidos, que são partes diretamente envolvidas nas relações jurídicas emergentes dos atos invalidados, haveriam de se preservar os efeitos que lhe são benéficos quando não tenham sido causadores do vício, em razão da já referida “pedra de toque” da proteção da confiança, qual seja, da presunção de legitimidade, atributo que tem, dentre outros desdobramentos, o condão de transformar em “legítima” a confiança depositada em tais atos administrativos.³⁵ É importante que seja dito, em defesa de limitação à retroeficácia da anulação também em relação a destinatários de boa-fé, que não haveria nenhum motivo plausível para se lhe negar tal tratamento, ao mesmo tempo em que se defende a proteção da confiança ao terceiro. A presunção de legitimidade, além de ser utilizável em favor da Administração Pública, será destinada aos terceiros que se beneficiam com efeitos reflexos do ato e, com maior razão ainda, aos seus destinatários não causadores do vício que enferma do ato. Nesse passo, se fosse possível mensurar a quantidade de confiança depositada numa determinada ação adminis-

³⁵ “Pelo contrário, nos atos unilaterais ampliativos da esfera jurídica do administrado, se este não concorreu para o vício do ato, estando de boa-fé, sua fulminação só deve produzir efeitos *ex nunc*, ou seja, depois de pronunciada. Com efeito, se os atos em questão foram obra do próprio Poder Público, se estavam, pois, investidos da presunção de veracidade e legitimidade que acompanha os atos administrativos, é natural que o administrado de boa-fé (até por não poder se substituir à Administração na qualidade de guardião da lisura jurídica dos atos por aquelas praticados) tenha agido na conformidade deles, desfrutando do que resultava de tais atos. Não há duvidar que, por terem sido invalidamente praticados, a Administração – com ressalva de eventuais barreiras à invalidação, dantes mencionadas – deva fulminá-los, impedindo que continuem a desencadear efeitos; mas também é certo que não há razão prestante para desconstituir o que se produziu sob o beneplácito do próprio Poder Público e que o administrado tinha o direito de supor que o habilitava regularmente. Assim, v.g., se alguém é nomeado em consequência de concurso público inválido, e por isto vem a ser anulada a nomeação dele decorrente, o nomeado não deverá restituir o que percebeu pelo tempo que trabalhou. Nem se diga que assim há de ser tão-só por força da vedação do enriquecimento sem causa, que impediria ao Poder Público ser beneficiário do uso de um bem público e mais tarde vem-se a descobrir que a permissão foi invalidamente outorgada. A invalidação deverá operar daí para o futuro. Descaberia eliminar retroativamente a permissão; isto é, o permissionário, salvo se estava de má-fé, não terá que devolver tudo o que lucrou durante o tempo em que desfrutou da permissão de uso do bem” (BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. Rio de Janeiro: FGV, 1997. p. 439).

trativa, singela seria a tarefa de se constatar que aquele que é diretamente destinatário de tal ato seria depositário de um confiança maior, em comparação com o depósito de confiança que terceiros promoveriam em relação a tal ação estatal. Com isso, defende-se que, sendo caso de invalidação, a mesma proteção que se outorga a terceiros não causadores do vício que determina a invalidação de um determinado ato administrativo há de ser concedida também, e ainda com maior razão, aos destinatários de um determinado ato administrativo viciado, se esse não houver contribuído ou causado tal invalidade.

Diante de tudo quanto se asseverou acerca dos limites à eficácia retroativa da invalidação de condutas administrativas, revela-se importante ser frisado que se está a defender, em termos gerais, uma verdadeira nova perspectiva a propósito dos efeitos da invalidação administrativa ou judicial de atos administrativos, a qual é possível em face do princípio da proteção da confiança, mesmo que não haja positivação explícita de regras legais que a sustente.³⁶ Costuma-se encontrar na doutrina que a invalidação de atos administrativos operaria efeitos retroativos (*ex tunc*), ressalvados os efeitos produzidos em relação a terceiros de boa-fé. Propõe-se uma importante extensão à ressalva, para nela incluir também a preservação dos efeitos em favor dos destinatários não causadores do vício, ou seja, está se afirmando que a anulação teria efeitos *ex tunc* somente em relação a destinatário e terceiros que estivessem de má-fé, e efeitos *ex nunc* em relação a todos – terceiros e também destinatário – que não houvessem contribuído para a invalidade. Portanto, em nome da proteção da confiança, defende-se uma verdadeira inversão da posição da regra (ser retroativa a anulação) para uma posição excepcional, na medida em que a regra passaria a ser a preservação dos efeitos produzidos em favor de todos quantos fossem os beneficiados (terceiros ou destinatários) do ato que estivessem de boa-fé, que, é conveniente não ser olvidado, apresenta-se presumida.

Uma terceira decorrência concreta da proteção da confiança legítima, em sua feição substancial, consiste na preservação de efeitos, por determinado período de tempo, para além da própria invalidação da conduta administrativa.³⁷ Tem-se, portanto, que se afigura juridicamente viável, em nome do princípio da proteção da confiança, que uma conduta administrativa, mesmo que reconhecidamente inválida, produza efeitos futuros, até um termo vindouro, fixado, sob os parâmetros da razoabilidade e da proporcionalidade, pelas autoridades legítimas à invalidação. Imagine-se um aluno da rede pública de ensino, cujo ingresso tenha

³⁶ Não se nega a conveniência de preceitos legais que “esclareçam” tão-somente tal postura interpretativa, nos moldes do que acontece com o já referido art. 59, parágrafo único, da Lei 8.666/1993 e com o art. 61 da Lei Estadual 10.177/1998 do Estado de São Paulo, pelo qual, “invalidado o ato ou o contrato, a Administração tomará as providências necessárias para desfazer os efeitos produzidos, salvo quanto a terceiros de boa-fé, determinando a apuração de eventuais responsabilidades”. Esse elogiável preceito peca exclusivamente por não referir explicitamente acerca da proteção em lume, em relação aos destinatários do ato.

³⁷ As ideias aqui veiculadas foram inicialmente apresentadas em MAFFINI, Rafael. Modulação temporal in futurum dos efeitos da anulação de condutas administrativas. *Revista de direito administrativo*, Rio de Janeiro, v. 244, p. 231-247, jan. 2015.

sido inválido (sem que tal vício seja atribuível a tal destinatário, por óbvio), mas cuja anulação tenha se operado no meio do ano letivo. Neste caso, qual seria o termo inicial da invalidação do ato de ingresso?

Observe-se que mesmo a eficácia *ex nunc* da invalidação seria insuficiente para a proteção da confiança legitimamente depositada pelo hipotético aluno. Isto porque atribuir-se eficácia *ex nunc* só significaria preservar a sua situação até o momento da anulação, fazendo que, na prática, tal aluno perdesse o ano escolar, uma vez que dificilmente seria possível sua matrícula em outras escolas da rede pública ou privada. Em tal situação hipotética, parece incontroverso que, não sendo caso de circunstâncias proibitivas à invalidação (v.g. decadência ou convalidação), a simples concessão de efeitos *ex nunc* à invalidação administrativa seria insuficiente para a tutela jurídica das expectativas legítimas. Dever-se-ia, em tal caso, admitir que a conduta administrativa viciada tivesse seus efeitos projetados *pro futuro*, com a fixação de um termo inicial *in futurum*, portanto. Com efeito, a fixação de termo futuro para o início da eficácia típica da anulação, tal como aqui proposto, encontra paralelo no controle de constitucionalidade brasileiro, segundo vem decidindo o Supremo Tribunal Federal. Neste sentido, muitos são os casos em que o STF reconheceu a inconstitucionalidade de leis ou atos normativos, mas, em nome da segurança jurídica e excepcional interesse social, preservou sua vigência e aplicabilidade até um termo futuro.³⁸

Dois exemplos devem ser aqui destacados. De início, deve-se lembrar de inúmeras decisões que levaram ao surgimento, no Pretório Excelso, da teoria da “lei ainda constitucional”. O nascimento desta teoria – preciosamente explicada pelo Min. Gilmar Mendes³⁹ – pode ser considerado o julgamento do Habeas Corpus n° 70.514,⁴⁰ em que se decidiu que o prazo em dobro, para a interposição de recursos, em favor das Defensorias Públicas (art. 5°,

³⁸ Tal modulação de efeitos para o futuro encontra respaldo na legislação infraconstitucional que regulamenta as ações de controle concentrado de constitucionalidade. Nesse sentido, a Lei 9.868/1999, que trata do processo e do julgamento da ADIn e da ADC, prevê, em seu art. 27, que, “ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado”. Do mesmo modo, o art. 11 da Lei 9.882/1999, que regulamenta a ADPF, dispõe que “ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, no processo de arguição de descumprimento de preceito fundamental, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado”. Importante recordar, contudo, que setores importantes da doutrina pátria já esposaram entendimento de que o termo inicial dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade não poderiam ser posteriores à publicação da decisão no DOU. Este é o caso de Alexandre de Moraes (MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 14 ed. São Paulo: Atlas, 2003), para quem “não poderá o STF estipular como termo inicial para a produção dos efeitos da decisão, data posterior à publicação da decisão no Diário Oficial, uma vez que a norma inconstitucional não mais pertence ao ordenamento jurídico, não podendo produzir efeitos”. Tal posição, como será demonstrado, não vem sendo acatada pelo STF.

³⁹ MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição constitucional*. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 364-370.

⁴⁰ BRASIL. STF. HC 70.514. Rel. Min. Sydney Sanches. Brasília, 23 de março de 1994.

§ 5º, da Lei nº 1.060/50), embora contrário ao texto constitucional vigente, não deveria ter sua inconstitucionalidade reconhecida até que tais órgãos de assistência judiciária estivessem estruturados nos Estados, em nível de organização semelhante àquele do Ministério Público.

Esta mesma ideia reapareceu na jurisprudência do STF quando do julgamento do Recurso Extraordinário nº 135.328,⁴¹ a propósito da análise da recepção do art. 68 do Código de Processo Penal pela atual ordem vigente. Neste caso, entendeu-se que a competência atribuída pelo referido preceito legal ao Ministério Público de assistência jurídica aos desamparados não teria sido recepcionada pela Constituição Federal, mas enquanto não houvesse a estruturação da Defensoria Pública seria tal competência ministerial mantida. Por fim, também como exemplo de modulação temporal futura que se encontra na jurisprudência do STF diz respeito ao julgamento de inconstitucionalidade de normas contidas em leis orgânicas municipais acerca do número excessivo de parlamentares integrantes das Câmaras de Vereadores.

O *leading case* pode ser considerado o Recurso Extraordinário nº 197.917.⁴² A par de se ter decidido pela aplicação de critérios de proporcionalidade aritmética, julgando inconstitucionais os preceitos que deles se desgarrassem, entendeu-se que tal decisão somente deveria surtir efeitos para a legislatura seguinte àquela já instalada, pelo sufrágio, na época em que a decisão foi proferida. Assim, percebe-se que a jurisprudência do STF entende ser possível projetar para o futuro os efeitos de uma decisão de inconstitucionalidade de determinada norma quando isto se impuser em face de fundamentos razoáveis de segurança jurídica ou de excepcional interesse social. Em relação às condutas administrativas que venham a ter sua invalidade reconhecida deve também ser admitida tal modulação temporal *in futurum* quando isto for justificado em razões de proteção da confiança ou, *ultima ratio*, de segurança jurídica. Por certo, pressupõe-se, neste caso, que o destinatário de tais condutas administrativas inválidas não tenha contribuído para o vício que lhe é intrínseco. Do mesmo modo, não se pode pretender que tal conduta invalidada produza efeitos *ad aeternum*, o que ocorreria fosse caso das situações proibitivas do exercício da prerrogativa anulatória da Administração Pública, como é a situação da decadência, acima analisada.

Propõe-se, pois, que quando da anulação de determinada conduta administrativa, fixe-se o período que serviria com uma espécie de regra transitória, no sentido de que um determinado ato ou contrato administrativo continue a produzir efeitos até um momento a ser

⁴¹ BRASIL. STF. RE 135.328. Rel. Min. Marco Aurélio. Brasília, 29 de junho de 1994. Neste mesmo sentido, RE 147.776. Rel. Min. Sepúlveda Pertence. Brasília, 19 de maio de 1998.

⁴² BRASIL. STF. RE 197.917. Rel. Min. Maurício Corrêa. Brasília, 24 de março de 2004. Também neste sentido: RE 199.522. Rel. Min. Maurício Corrêa. Brasília, 31 de abril de 2004; RE 266.994. Rel. Min. Maurício Corrêa. Brasília, 31 de abril de 2004; RE 273.844. Rel. Min. Maurício Corrêa. Brasília, 31 de abril de 2004; RE 274.048, Rel. Min. Maurício Corrêa. Brasília, 31 de abril de 2004; RE 274.384. Rel. Min. Maurício Corrêa. Brasília, 31 de abril de 2004; RE 276.546. Rel. Min. Maurício Corrêa. Brasília, 31 de abril de 2004; RE 282.606. Rel. Min. Maurício Corrêa. Brasília, 31 de abril de 2004; RE 300.343. Rel. Min. Maurício Corrêa. Brasília, 31 de abril de 2004.

determinado pela autoridade – judicial ou administrativa – promotora da anulação. A fixação do termo final projetado no futuro para a produção de efeitos de condutas administrativas inválidas deverá, em face da extensa e variável casuística possível, atender aos postulados da razoabilidade, da proporcionalidade e da concordância prática, para que sejam devidamente ponderados, de um lado, a legalidade administrativa e, de outro, a proteção da confiança e a segurança jurídica.

A perspectiva substancial da proteção da confiança, embora seja a mais desenvolvida doutrinária e jurisprudencialmente, não é a única a ser invocada na compreensão da tutela jurídica das legítimas expectativas. Desenvolve-se, pois, a proteção procedimental da confiança legítima, consubstanciada na necessidade de uma atividade administrativa processualizada, em que se assegure a participação dos destinatários da função administrativa, sobretudo nos casos em que administração pública venha a lhe causar prejuízos ou a lhe reduzir vantagens outrora concedidas.⁴³

A relação ora proposta entre a proteção da confiança legítima e os direitos fundamentais ao contraditório e à ampla defesa deve-se ao fato de que os destinatários da função administrativa não podem ser surpreendidos com a imposição de atos que lhes são prejudiciais ou com a extinção de condutas que lhes são benéficas, de modo abrupto, sem que se lhes assegurem tanto a ciência quanto à iminência de ocorrência de tais eventos danosos, quanto a efetiva participação tendente a evitar que eventuais prejuízos lhes sejam ocasionados. Daí a ideia de que a proteção da confiança, em sua faceta procedimental, impõe sejam asseguradas a ciência e a participação prévia como condição formal para a eventual imposição de gravame pelo Poder Público na esfera de direitos dos cidadãos, aí incluído, por óbvio, a extinção de condutas administrativas que lhes são favoráveis.

A noção de proteção procedimental da confiança identifica-se com o de *administração pública dialógica*, pela qual, como se depreende da própria expressão que a designa, se busca impor como condição para a atuação administrativa a prévia realização de um verdadeiro e efetivo diálogo com todos aqueles que terão suas esferas de direitos atingidas pela atuação estatal. Aliás, se mostra conveniente uma pequena referência ao Direito Comparado para evidenciar tal questão. Trata-se de preceito contido no art. 41 da Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia – também denominada de Carta de Nice – pelo qual se estabeleceu um *direito fundamental à boa administração pública*.⁴⁴ Juarez Freitas, que

⁴³ Sobre a proteção procedimental da confiança, trata com a costumeira propriedade, ÁVILA, Humberto. Benefícios fiscais inválidos e a legítima expectativa do contribuinte. *Revista Diálogo jurídico*, Salvador, n. 13, p. 2-5, abr./maio 2002.

⁴⁴ Carta de Nice, Art. 41. Direito a uma boa administração 1. Todas as pessoas têm direito a que os seus assuntos sejam tratados pelas instituições e órgãos da União de forma imparcial, equitativa e num prazo razoável. 2. Este direito compreende, nomeadamente: - o direito de qualquer pessoa a ser ouvida antes de a seu respeito ser tomada qualquer medida individual que a afete desfavoravelmente, - o direito de qualquer pessoa a ter

trata originariamente em solo pátrio sobre tal direito fundamental à boa administração, o define como o

direito fundamental à administração pública eficiente e eficaz, proporcional, cumpridora de seus deveres, com transparência, motivação, imparcialidade e respeito à moralidade, à participação social e à plena responsabilidade por suas condutas omissivas e comissivas; a tal direito corresponde o dever de a administração pública observar, nas relações administrativas, a cogência da totalidade dos princípios constitucionais que a regem.⁴⁵

Demais disso, lastreado por atenta análise da doutrina europeia, o referido autor refere que de tal síntese conceitual se extraem inúmeros consectários, dentre os quais o direito à administração pública dialógica, o qual se traduziria nas “*garantias do contraditório e da ampla defesa – é dizer, respeitadora do devido processo (inclusive com duração razoável), o que implica do dever de motivação consistente e proporcional*”.⁴⁶ Tal direito fundamental à boa administração pública, bem assim todos os seus consectários encontram-se absolutamente normatizados no ordenamento jurídico-constitucional pátrio, não obstante a falta de referência expressa, no catálogo contido no Título II da Constituição vigente, tal como encontrada em solo europeu.⁴⁷ Ora, tal direito fundamental é cristalizado no Brasil, a partir da conjugação de uma série de normas jurídicas que se encontram expressa e implicitamente postadas em nossa

acesso aos processos que se lhe refram, no respeito dos legítimos interesses da confidencialidade e do segredo profissional e comercial, - a obrigação, por parte da administração, de fundamentar as suas decisões. 3. Todas as pessoas têm direito à reparação, por parte da Comunidade, dos danos causados pelas suas instituições ou pelos seus agentes no exercício das respectivas funções, de acordo com os princípios gerais comuns às legislações dos Estados-Membros. 4. Todas as pessoas têm a possibilidade de se dirigir às instituições da União numa das línguas oficiais dos Tratados, devendo obter uma resposta na mesma língua.

⁴⁵ FREITAS, Juarez. *Discrecionariade administrativa e o direito fundamental à boa administração pública*. São Paulo: Malheiros Editores, 2007. p. 20.

⁴⁶ Idem, p. 20. Ao lado do direito à administração pública dialógica, colocam-se, segundo o autor, como decorrências do direito fundamental à boa administração pública, o direito à administração pública transparente, o direito à administração pública imparcial, o direito à administração pública proba, o direito à administração pública respeitadora da legalidade temperada e o direito à administração pública eficiente e eficaz, além de econômica e teleologicamente responsável.

⁴⁷ Não infirma tal conclusão o fato de inexistir, no rol de direitos e garantias fundamentais contido no Título II da CF/88, qualquer menção ao direito fundamental à boa administração. Lembre-se, nesse sentido, que o art. 5º, § 2º, da CF/88 estabelece que “os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”. Lembre-se, do mesmo modo, que o próprio STF já exarou inúmeras decisões no sentido de que a fundamentalidade de direitos é encontrada em preceitos outros da Carta Política, que não aqueles mencionados no Título II (dos direitos e garantias fundamentais) da CF/88. Exemplificativamente, menciona-se o julgado na ADI 939, quando o Pretórios Excelso afirmou ser direito ou garantia individual fundamental a anterioridade tributária, referida no art. 150, III, “b”, da CF/88. No plano doutrinário, vide, por todos: SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia do direito fundamental à segurança jurídica: dignidade da pessoa humana, direitos fundamentais e proibição de retrocesso social no direito constitucional brasileiro. In: ROCHA, Cármen Lúcia Antunes (Org.). *Constituição e segurança jurídica*. Belo Horizonte: Fórum, 2004. p. 73-156.

Carta Política.⁴⁸ Especialmente quanto ao consectário do *direito fundamental à boa administração pública aqui destacado, qual seja, o direito fundamental à administração pública dialógica*, ele se mostra evidentemente assegurado pela Constituição Federal, a partir de um fenômeno de mediatização proporcionado pelas noções de devido processo legal (art. 5º, LIV, da CF/88) e de contraditório e ampla defesa (art. 5º, LV, da CF/88).

Embora a incidência de tal noção de *administração pública dialógica* apresente-se multifacetada, dada a abrangência das normas constitucionais que lhe conferem supedâneo (devido processo legal, contraditório, ampla defesa, participação), ela se afigura especialmente relevante no tocante ao desfazimento de condutas administrativas não-precárias que produzam efeitos concretos favoráveis aos seus destinatários (também denominados de atos ampliativos) ou aos casos de perpetração de condutas administrativas concretas que causam restrições à esfera de direitos de seus destinatários (também denominados de condutas ablativas de direitos).

Diante disso, decorrente de tal noção de proteção procedimental da confiança, tem-se que a extinção de condutas administrativas benéficas aos seus destinatários, de natureza concreta, quando não precárias, devam ser necessariamente antecedidas de contraditório e de ampla defesa, em favor de seus destinatários.⁴⁹ Assim, se a Administração Pública entende ser caso de extinção de um ato administrativo não-precário (por anulação, revogação, cassação ou qualquer outro modo extintivo), não poderá fazê-lo sem que os seus destinatários tenham assegurado um momento para a defesa, em termos imediatos, do referido ato, e, em termos mediatos, de seus interesses na preservação da conduta administrativa que lhe beneficia. Igualmente, tal conclusão é encontrada em relação à extinção de contratos públicos, seja caso de rescisão, seja caso de anulação do vínculo negocial.⁵⁰

Trata-se, pois, de um limite formal ao exercício da autotutela administrativa, absolutamente consentânea da tendência atual de ponderação entre o interesse público, cujo peso

⁴⁸ Concorde-se, pois, com a conclusão de que existe um direito fundamental à boa administração pública no Brasil, tal como o fez Finger (FINGER, Julio Cesar. O direito fundamental à boa administração e o princípio da publicidade administrativa. *Interesse público*, Belo Horizonte, n. 58, p. 133-143, 2009), especialmente na p. 136, quando o autor assevera que, a partir do rol de consectários apresentado por Juarez Freitas (vide nota 10, supra), é possível “verificar que eles se apoiam em normas constitucionais positivadas na Constituição de 1988, ainda que não todos, dentro do catálogo do Título II: o direito à administração pública atenta à legalidade, imparcial, proba, transparente e eficiente encontra positivação no caput do art. 37; o direito à administração pública dialógica apoia-se nos dispositivos do art. 5º, incisos LIV e LXXVIII; e, finalmente, o direito à administração pública responsável encontra previsão no art. 5º, inciso LXXIII, e art. 37, § 6º. Com isso, não é difícil divisar que os deveres que surgem para a administração pública de qualquer dos países integrantes da União Europeia, decorrentes da sua Carta de Direitos, são passíveis de serem exigidos da administração pública brasileira, por força de normas constitucionais que estão contidas na Constituição de 1988”. Mais adiante (FINGER, Julio Cesar. O direito fundamental à boa administração e o princípio da publicidade administrativa. *Interesse público*, Belo Horizonte, n. 58, p. 137, 2009), o autor conclui que “é indubitoso que todos esses deveres que foram catalogados como decorrentes do ‘direito à boa administração’ estão perfeitamente alinhados com o ‘regime e os princípios adotados’ pela Constituição da República, nos termos do seu art. 5º, § 2º”.

⁴⁹ MAFFINI, Rafael. *Elementos de direito administrativo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016. p. 126-128.

⁵⁰ Neste sentido, dispõe o art. 78, parágrafo único, da Lei nº 8.666/1993.

axiológico fundamenta a autotutela administrativa, e os interesses individuais divisados pelos direitos fundamentais ao contraditório e à ampla defesa. Tal postura interpretativa, que determina o referido limite formal à extinção de condutas administrativas unilaterais ou negociais ampliativas não-precárias, aqui considerada uma decorrência da proteção procedimental da confiança ou da noção de *administração pública dialógica*, vem recebendo sobejo reconhecimento doutrinário e, especialmente, jurisprudencial, como se pode vislumbrar em decisões do STJ (RMS 257⁵¹) e do STF (RE 158.543,⁵² RE 199.733,⁵³ MS 24.268,⁵⁴ MS 22.357⁵⁵). Aliás, a jurisprudência do STF sobre tal tema restou reafirmada no julgamento, havido em sede de repercussão geral, do RE 594.296,⁵⁶ quando se assentou que “ao Estado é facultada a revogação de atos que repute ilegalmente praticados; porém, se de tais atos já decorreram efeitos concretos, seu desfazimento deve ser precedido de regular processo administrativo”.

5. Conclusões

Ao longo do presente estudo referente ao Seminário apresentado, procurou-se demonstrar a importância de se garantir eficácia ao princípio da Confiança Legítima para além do papel judicante dos tribunais, respeitando-se ainda as semelhanças contributivas ao interesse público deste para com outros princípios, como, da segurança jurídica e da boa-fé nos dias atuais, em que se busca valorizar cada vez mais os direitos fundamentais dos cidadãos, albergados pelo Estado Democrático de Direito, no âmbito de um constitucionalismo renovado.

Foram ressaltadas as aproximações e diferenças entre os referidos princípios, com especial destaque para o da confiança legítima (proteção das legítimas expectativas), compreendido como uma densificação do valor segurança jurídica, em seus diferentes domínios de aplicação, sobretudo como limite à anulação e à revogação de atos administrativos (autotutela administrativa).

Trata-se de proteger expectativas dos indivíduos decorrentes da crença de que há certo grau de estabilidade nos atos estatais, dotados de presunção de legitimidade e com aparência de legalidade. Não se pode admitir, afinal, capricho ou leviandade num Estado Democrático de Direito. Abordou-se, ainda, entendimento doutrinário mais moderno no sentido de que a tutela da confiança legítima deve estar, sobretudo, no poder normativo da Administração, e não apenas os atos de natureza concreta por ela produzidos. Observa-se, por fim, que a matéria ainda está em fase de estudos e descobertas.

⁵¹ BRASIL. STJ. RMS 257. Rel. Min. Demócrito Reinaldo. Brasília, 17 de outubro de 1994.

⁵² BRASIL. STF. RE 158.543. Rel. Min. Marco Aurélio. Brasília, 30 de agosto de 1994.

⁵³ BRASIL. STF. RE 199.733. Rel. Min. Marco Aurélio. Brasília, 15 de dezembro de 1998.

⁵⁴ BRASIL. STF. MS 24.268. Rel. p/Acórdão Min. Gilmar Mendes. Brasília, 05 de fevereiro de 2004.

⁵⁵ BRASIL. STF. MS 22.357. Rel. Min. Gilmar Mendes. Brasília, 27 de maio de 2004.

⁵⁶ BRASIL. STF. RE 594.296. Rel. Min. Dias Toffoli. Brasília, 21 de setembro de 2011.

O que se percebe mais uma vez no direito brasileiro, é o poder judiciário tendo que manter alicerçado, diante da ausência de seus pares na tríade dos poderes do Estado, a necessidade de se respeitar este e outros princípios fundamentais ao atuar governamental. Portanto, não se quer crer como adequado que a confiança legítima permaneça estabelecida no Brasil por precedentes, rogando-se às instituições competentes que suas legislaturas e atos de gestão demonstrem conhecimento e a deferência peculiar de modo concreto.

Referências

ALEX, Robert. *Teoría de la argumentación jurídica*: la teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica. Tradução Manuel Atienza e Isabel Espejo. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997.

ÁVILA, Humberto Bergmann. A distinção entre princípios e regras e a redefinição do dever de proporcionalidade. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 215, p. 151-179, jan./mar. 1999.

_____. *Segurança jurídica. Entre permanência, mudança e realização no direito tributário*. São Paulo: Malheiros Editores, 2011.

_____. *Sistema constitucional tributário*. São Paulo: Saraiva, 2004.

_____. *Teoria dos princípios*: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. São Paulo: Malheiros, 2003.

_____. Benefícios fiscais inválidos e a legítima expectativa do contribuinte. *Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico*, Salvador, n. 4, nov./dez. 2005; jan. 2006. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/codrevista.asp?cod=69>>. Acesso em: 22 nov. 2004.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. O princípio do enriquecimento sem causa em direito administrativo. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 210, p. 25-35, out. 1997.

_____. *Curso de direito administrativo*, Rio de Janeiro: FGV, 1997.

BANDEIRA DE MELLO, Oswaldo Aranha. *Princípios gerais de direito administrativo*. v. 1, 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1979.

BRAGA, Bruno César Maciel. Os princípios da segurança jurídica, confiança legítima e boa-fé: breves notas distintivas. *Conteúdo Jurídico*, [S.l.], 30 out. 2014. Disponível em: <<https://conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/41417/os-principios-da-seguranca-juridica-confianca-legitima-e-boafefe-brevess-notas-distintivas>>. Acesso em: 15 jul. 2020.

BRANCO, Gerson Luiz Carlos. A proteção das expectativas legítimas derivadas das situações de confiança: elementos formadores do princípio da confiança e seus efeitos. *Revista de Direito Privado*, São Paulo, v. 3, n.12, p. 169-225, out./dez. 2002.

BRASIL. STF. MS 22.357. Rel. Min. Gilmar Mendes. Brasília, 27 de maio de 2004.

_____. MS 24.268. Rel. p/Acórdão Min. Gilmar Mendes. Brasília, 05 de fevereiro de 2004.

_____. RE 158.543. Rel. Min. Marco Aurélio. Brasília, 30 de agosto de 1994.

_____. RE 199.733. Rel. Min. Marco Aurélio. Brasília, 15 de dezembro de 1998.

_____. RE 594.296. Rel. Min. Dias Toffoli. Brasília, 21 de setembro de 2011.

- _____. HC 70.514. Rel. Min. Sydney Sanches. Brasília, 23 de março de 1994.
- _____. MS 24.268. Rel. p/ Acórdão Min. Gilmar Mendes. Brasília, 05 de fevereiro de 2004.
- _____. RE 108.182. Rel. Min. Oscar Corrêa. Brasília, 30 de setembro de 1986.
- _____. RE 135.328. Rel. Min. Marco Aurélio. Brasília, 29 de junho de 1994.
- _____. RE 147.776. Rel. Min. Sepúlveda Pertence. Brasília, 19 de maio de 1998.
- _____. RE 158.543. Rel. Min. Marco Aurélio. Brasília, 30 de agosto de 1994.
- _____. RE 197.917. Rel. Min. Maurício Corrêa. Brasília, 24 de março de 2004.
- _____. RE 199.522. Rel. Min. Maurício Corrêa. Brasília, 31 de abril de 2004.
- _____. RE 199.733. Rel. Min. Marco Aurélio. Brasília, 15 de dezembro de 1998.
- _____. RE 266.994. Rel. Min. Maurício Corrêa. Brasília, 31 de abril de 2004.
- _____. RE 273.844. Rel. Min. Maurício Corrêa. Brasília, 31 de abril de 2004.
- _____. RE 274.048. Rel. Min. Maurício Corrêa. Brasília, 31 de abril de 2004.
- _____. RE 274.384. Rel. Min. Maurício Corrêa. Brasília, 31 de abril de 2004.
- _____. RE 276.546. Rel. Min. Maurício Corrêa. Brasília, 31 de abril de 2004.
- _____. RE 282.606. Rel. Min. Maurício Corrêa. Brasília, 31 de abril de 2004.
- _____. RE 300.343. Rel. Min. Maurício Corrêa. Brasília, 31 de abril de 2004.
- _____. REsp 603.135. Rel. Min. Teori Zavascki. Brasília, 08 de junho de 2004.
- BRASIL. STJ. RMS 257. Rel. Min. Demócrito Reinaldo. Brasília, 17 de outubro de 1994.
- CALMES, Sylvia. *Du principe de protection de la confiance légitime en droits allemand, communautaire et français*. Paris: Dalloz, 2001.
- CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*. 2 ed. Introdução e tradução A. Menezes Cordeiro. Lisboa: Calouste, 1996.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 4 ed. Coimbra: Almedina, 2000.
- CARINGELLA, Francesco; DELPINO, Luigi; DEL GIUDICE, Federico. *Diritto amministrativo*. 15 ed. Napoli: Simone, 1999.
- CASTILLO BLANCO, Federico A. *La protección de confianza en el derecho administrativo*. Madrid: Marcial Pons, 1998.
- CORREIA, José Manuel Sérulo. *Legalidade e autonomia contratual nos contratos administrativos*. Coimbra: Almedina, 2003.
- COUTO E SILVA, Clóvis V. *A obrigação como processo*. São Paulo: Bushatsky, 1976.
- DE LOS MOZOS, Jose Luis. *El principio de la buena fe*. Barcelona: Bosch, 1965.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. O STJ e o princípio da segurança jurídica. *Migalhas*, [S.l.], 14 maio 2019. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/depeso/302189/o->

-stj-e-o-principio-da-seguranca-juridica>. Acesso em: 15 jul. 2020.

FIGUEIREDO, Lucia Valle. Estado de direito e devido processo legal. *Revista trimestral de direito público*, São Paulo, n. 15, p. 35-44, 1996.

FINGER, Julio Cesar. O direito fundamental à boa administração e o princípio da publicidade administrativa. *Interesse público*, Belo Horizonte, n. 58, p. 133-143, 2009.

FRADA, Manuel A. de Castro Portugal Carneiro da. *Teoria da confiança e responsabilidade civil*. Coimbra: Almedina, 2004.

FRANÇA, Vladimir da Rocha. Classificação dos atos administrativos inválidos no direito administrativo brasileiro. *Revista trimestral de direito público*, São Paulo, n. 32, p. 83-100, 2000.

FREITAS, Juarez. Dever de motivação, de convalidação e de anulação: deveres correlacionados e proposta harmonizadora. *Revista Interesse Público*, Porto Alegre, n. 16, p. 39-48, out./dez. 2002.

_____. *Discrecionariade administrativa e o direito fundamental à boa administração pública*. São Paulo: Malheiros Editores, 2007.

_____. *O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais*. 3 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2004.

_____. Processo administrativo federal: reflexões sobre o prazo anulatório e a amplitude do dever de motivação dos atos administrativos. In: SUNDFELD, Carlos Ari; MUÑOZ, Guillermo Andrés (Org.). *As leis de processo administrativo: Lei Federal 9.784/1999 e Lei Paulista 10.177/98*. São Paulo: Malheiros Editores, p. 17-36, 2000.

FREITAS, Márcia Bellini. O princípio da confiança no direito público. *Revista jurídica*, Porto Alegre, v. 39, n. 168, p. 28-30, out. 1991.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. *Curso de derecho administrativo*. 11 ed. Madrid: Civitas, 2002.

GARCIA LUENGO, Javier. *El principio de protección de la confianza en el derecho administrativo*. Madrid: Civitas, 2002.

GIACOMUZZI, José Guilherme. *A moralidade administrativa e a boa-fé da administração pública: o conteúdo dogmático da moralidade administrativa*. São Paulo: Malheiros Editores, 2002.

GONZÁLES PÉREZ, Jesús. *El principio general de la buena fe en el derecho administrativo*. 3 ed. Madri: Civitas, 1999.

HECK, Luís Afonso. *O Tribunal Constitucional Federal e o desenvolvimento dos princípios constitucionais: contributo para uma compreensão da jurisdição constitucional federal alemã*. Porto Alegre: Safe, 1995.

KNIJNIK, Danilo. O princípio da segurança jurídica no direito administrativo e constitucional. *Revista do Tribunal de Contas do Estado do Rio Grande do Sul*, Porto Alegre, v. 12,

n.21, p. 122-152, ago./dez. 1994.

_____. *A exceção de pré-executividade*. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

LAGO, Laone. Confiança legítima, leis de procedimento e processo administrativo latinoamericanos e jurisprudência brasileira: diálogo possível e necessário. *Revista CEJ*, Brasília, ano XXI, n. 73, p. 40-52, set./dez. 2017. Disponível em: <http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_informativo/bibli_inf_2006/Rev-CEJ_n.73.04.pdf>. Acesso em: 15 jul. 2020.

LAMY, Marcelo. Princípio da legítima confiança. *Escola Superior de Direito Constitucional – ESDC*, [S.l.], [20--]. Disponível em: <http://www.esdc.com.br/diretor/artigo_legitimaconfianca.htm>. Acesso em: 15 jul. 2020.

LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. Lisboa: Calouste, 1983.

MAFFINI, Rafael. Administração pública dialógica (proteção procedimental da confiança) em torno da súmula vinculante nº 3, do Supremo Tribunal Federal. *Revista de direito administrativo*, Rio de Janeiro, v. 253, p. 159-172, abr. 2013.

_____. Atos administrativos sujeitos a registro pelos Tribunais de Contas e a decadência da prerrogativa anulatória da administração pública. *Revista brasileira de direito público*, Belo Horizonte, n. 10, p. 143-163, jul./set. 2005.

_____. *Elementos de direito administrativo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016.

_____. Em torno do prazo decadencial de invalidação de atos administrativos no exercício da autotutela administrativa. In: ÁVILA, Humberto (Org.). *Fundamentos do estado de direito: estudos em homenagem ao Professor Almiro do Couto e Silva*. São Paulo: Malheiros Editores, 2005.

_____. Modulação temporal in futurum dos efeitos da anulação de condutas administrativas. *Revista de direito administrativo*, Rio de Janeiro, v. 244, p. 231-247, jan. 2015.

_____. Princípio da proteção da confiança legítima. In: CAMPILONGO, Celso Fernandes; GONZAGA, Álvaro de Azevedo; FREIRE André Luiz (Coords.). *Enciclopédia jurídica da PUC-SP*. NUNES JR., Vidal Serrano; ZOCKUN, Maurício; ZOCKUN, Carolina Zancaner; FREIRE, André Luiz (Coord. de tomo). Tomo: Direito Administrativo e Constitucional. 1. ed. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. Disponível em: <<https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/120/edicao-1/principio-da-protecao-da-confianca-legitima>>. Acesso em: 15 jul. 2020.

_____. *Princípio da proteção substancial da confiança no direito administrativo brasileiro*. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2006.

_____; RIGON, Josiane. A proteção ressarcitória do Estado e o princípio da proteção da confiança. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 265, p. 45-67, abr. 2014.

MARTINS FILHO, Wallace Paiva. *Transparência administrativa: publicidade, motivação e participação popular*. São Paulo: Saraiva, 2004.

MARTINS, Raphael Manhães. Apontamentos sobre o princípio da confiança legítima no direito brasileiro. *Revista da EMERJ*, Rio de Janeiro, v. 10, n.40, p. 177-190, 2007. Disponível em: <https://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista40/Revis-ta40_177.pdf> Acesso em: 15 jul. 2020.

MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

_____. A proteção da legítima confiança nas relações obrigacionais entre a administração e os particulares. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul*, Porto Alegre, v. 22, p. 228-255, set. 2002.

MAURER, Hartmut. *Elementos de direito administrativo alemão*. Tradução Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Safe, 2001.

MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*. 6 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

_____. *O direito administrativo em evolução*. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

_____. Segurança jurídica e confiança legítima. In: ÁVILA, Humberto (Org.). *Fundamentos do estado de direito: estudos em homenagem ao Professor Almiro do Couto e Silva*. São Paulo: Malheiros Editores, 2005.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição constitucional*. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

MENEZES CORDEIRO, António Manuel da Rocha. *Da boa-fé no direito civil*. Coimbra: Almedina, 1997.

MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 14 ed. São Paulo: Atlas, 2003.

NOBRE JÚNIOR, Edílson Pereira. *O princípio da boa-fé e sua aplicação no Direito Administrativo brasileiro*. Porto Alegre: Safe, 2002.

NOVELLI, Flávio Bauer. Eficácia do ato administrativo. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 61, p. 22-29, 1961.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Princípios do direito administrativo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

OTERO, Paulo. *Legalidade e administração pública: o sentido da vinculação administrativa à juridicidade*. Coimbra: Almedina, 2007.

PÉREZ LUNÓ, Antonio-Enrique. *La seguridad jurídica*. 2 ed. Barcelona: Ariel, 1994.

PERLINGEIRO, Ricardo. A justiça administrativa brasileira comparada (Comparative Administrative Justice in Brazil), *Revista CEJ*, Brasília, ano XVI, n. 57, p. 6-18, maio/ago. 2012 e *Revista Scientia Iuridica*, Portugal, ano LXIV, v. 337, p. 5 - 31, jan./abr. 2015. Disponível em: <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2196803>. Acesso em: 15 jul. 2020.

ROCHA, Cármem Lúcia Antunes. *Princípios constitucionais da Administração Pública*. Belo Horizonte: Del Rey, 1994.

SAINZ MORENO, Fernando. La buena fe en las relaciones de la administración con los administrados. *Revista de administración pública*, Madrid, n. 89, p. 293-314, 1979.

SANTOLIM, César Viterbo Matos. *A aplicação dos princípios de proteção do consumidor ao comércio eletrônico no direito brasileiro*. 2004. Tese de Doutorado em Direito. Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2004.

SANTOS, Caroline Vale dos. Princípios da segurança jurídica, da confiança legítima e da boa-fé. *Conteúdo Jurídico*, [S.l.], 16 mar. 2016. Disponível em: <<https://conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/46212/principios-da-seguranca-juridica-da-confianca-legitima-e-da-boafefe>>. Acesso em: 15 jul. 2020.

SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia do direito fundamental à segurança jurídica: dignidade da pessoa humana, direitos fundamentais e proibição de retrocesso social no direito constitucional brasileiro. In: ROCHA, Cármen Lúcia Antunes (Org.). *Constituição e segurança jurídica*. Belo Horizonte: Fórum, 2004.

_____. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 12 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

SCHONBERG, Soren J. *Legitimate expectations in administrative law*. Oxford: Oxford, 2000.

SEVERO, Sérgio. *Tratado da responsabilidade pública*. São Paulo: Saraiva, 2009.

SILVA, Almiro do Couto e. *Conceitos fundamentais do Direito no Estado Constitucional*. São Paulo: Malheiros Editores, 2015.

_____. O princípio da segurança jurídica (proteção à confiança) no direito público brasileiro e o direito da administração pública de anular os seus próprios atos administrativos: o prazo decadencial do art. 54 da Lei do processo administrativo da União (Lei nº 9.784/1999). *RPGE*, Porto Alegre, p. 33-75, 2004.

_____. Prescrição quinquenária da pretensão anulatória da administração pública com relação a seus atos administrativos. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 204, p. 21-31, jan. 1996.

_____. Princípios da legalidade da administração pública e da segurança jurídica no estado de direito contemporâneo. *RPGE*, Porto Alegre, p. 13-31, 2004.

_____. Responsabilidade do Estado e problemas jurídicos resultantes do planejamento. *Revista de direito público*, São Paulo, n. 63, p. 28-36, 1982.

SIMÕES, Mônica Martins Toscano. *O processo administrativo e a invalidação de atos viciados*. São Paulo: Malheiros, 2004.

SOUSA, Guilherme Carvalho e. *A responsabilidade do Estado e o princípio da confiança legítima. A experiência para o direito brasileiro*. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2014.

SOUZA, Victor Roberto Corrêa de. O princípio da proteção da confiança e o novo Código de Processo Civil brasileiro. *Repro*, [S.l.], v. 40, n. 247, p. 197-227, set. 2015. Dispo-

nível em: <http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/RPro_n.247.08.PDF>. Acesso em: 15 jul. 2020.

TALAMINI, Daniele Coutinho. *Revogação do ato administrativo*. São Paulo: Malheiros Editores, 2002.

ZANCANER, Weida. *Da convalidação e da invalidação dos atos administrativos*. 2 ed. 2ª tir. São Paulo: Malheiros Editores, 1993.

Capítulo 8

A Jurisdição Administrativa como um Essencial Controle das Agências Reguladoras

Paulo André Espirito Santo Bonfadini

Resumo

Artigo que aborda a importância da jurisdição administrativa como controle da atividade exercida pelas agências reguladoras. Com a análise da justiça administrativa – sua origem e funcionamento no Brasil e nos países que a adotam de forma estruturada –, o trabalho propõe possíveis formas de solução dos conflitos na área administrativa, notadamente quando decorrentes da aplicação das normas editadas pelas agências. Partindo da premissa de que a jurisdição é uma atividade estatal também exercida no âmbito da Administração para resolução dos conflitos dessa última com os administrados, o trabalho procura demonstrar que o sistema de jurisdição atualmente adotado no Brasil não constitui óbice à sua estruturação. O sistema jurídico dos Estados Unidos da América serve como importante comparação para a ideia ora tratada, considerando o sistema de jurisdição atualmente adotado e o funcionamento de órgãos independentes de jurisdição administrativa dentro da estrutura das agências norte-americanas. Sem retirar do Judiciário o poder de realizar a revisão judicial e proferir a última decisão, o presente trabalho procura demonstrar o quanto importante é a estruturação de uma jurisdição administrativa no âmbito das agências brasileiras. A estruturação de um locus de resolução administrativa de conflitos pode diminuir o elevado número de ações judiciais questionadoras de atos de agências reguladoras, além de facilitar a atividade de revisão desses atos pelo Poder Judiciário.

Palavras-chave

Jurisdição, justiça administrativa, agências reguladoras, controle da atividade regulatória, solução de conflitos.

Sumário

1. Introdução
2. A configuração da justiça administrativa em países como França, Itália, Alemanha e os Estados Unidos
3. A origem da justiça administrativa no Brasil e a questão da unicidade de jurisdição no regime jurídico atual (art. 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal de 1988)
4. A possível configuração da justiça administrativa no Brasil com o sistema de jurisdição una
5. O modelo das agências reguladoras e possibilidade de utilização da justiça administrativa
 - 5.1 A atividade normativa da agência reguladora e seu controle por uma justiça administrativa estruturada
 - 5.2 A justiça administrativa como forma de atingimento da eficiência pelas agências reguladoras
6. Conclusão

*Trabalho decorrente de texto entregue ao Professor Ricardo Perlingeiro, da Universidade Federal Fluminense (UFF), para fins de aproveitamento na disciplina “Implementação e Adjudicação Administrativa”, do Programa de Mestrado em Justiça Administrativa (PPGJA) da Faculdade de Direito da referida Universidade - linha de pesquisa “Justiça Administrativa e fortalecimento do Estado de Direito”; sub-área da linha de pesquisa “Estado de Direito”.

1. Introdução

Uma das formas viáveis de exercer o controle dos atos das agências pelo Executivo é através da chamada “Justiça Administrativa”.

Apesar de ainda tímida e incipiente no Brasil do pronto de vista de sua estruturação, a justiça administrativa pode ser um útil instrumento de controle administrativo da atividade das agências. Melhor estruturada, com julgadores independentes do órgão diretivo das agências, a justiça administrativa teria melhor condições do que a própria agência – como é hoje – para solucionar conflitos com os agentes econômicos, usuários dos serviços regulados ou sujeitos atingidos por uma norma regulatória específica.

A estruturação de um órgão administrativo distinto da administração da agência, com independência e capacidade de aferir plenamente o ato regulatório impugnado, concretiza a ideia de a própria Administração – genericamente considerada – resolver os conflitos surgidos entre ela e os administrados (agentes econômicos, consumidores, usuários de serviços, terceiros interessados), sem precisar levar a questão ao Poder Judiciário.

Por uma questão de metodologia, além de traçar um quadro sobre a origem e o estágio de funcionamento hoje da justiça administrativa no Brasil, vamos abordar esse instrumento como um dos controles possíveis da atividade da agência. E, nesse contexto, abordaremos a justiça administrativa como um “exercício estatal da jurisdição”, ou seja, como algo não exclusivo do Poder Judiciário.

Para tanto, inicialmente, além de tratarmos da origem da justiça administrativa no Brasil e sua inspiração nos países que a adotam há mais tempo, como França, Alemanha, Itália e Estados Unidos, discorreremos sobre conceitos como a própria “justiça” e a “jurisdição administrativa”.

Jurisdição, cientificamente, não é necessariamente prestada apenas pelo Judiciário.

No Brasil, concentrou-se no Judiciário por opção constituinte (art. 5º, XXXV, Constituição de 1988). Contudo, a jurisdição é uma atividade estatal prestada para resolver conflitos. Montesquieu falava em “separação de funções estatais” e não em “poderes”. A jurisdição pode perfeitamente ser administrativa.

Enquanto o termo “justiça administrativa” pode assumir tanto o sentido do órgão estruturado para julgar conflitos envolvendo a Administração, quanto a atividade de decidir o conflito, o termo “jurisdição administrativa” assume um conceito mais amplo: o poder de julgar o conflito no âmbito administrativo. Na realidade brasileira, é o que hoje fazem o Tribunal de Contas da União (TCU), o Tribunal Marítimo e o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (o CADE), para ficarmos em três exemplos.

Há, ainda, a expressão “contencioso administrativo” que, segundo Ricardo Perlingeiro,¹ se relaciona “com as reclamações ou impugnações de uma pessoa privada contra comportamentos de uma autoridade administrativa”. Para ele, a expressão “jurisdição administrativa” serve para “designar a prestação jurisdicional destinada à solução de um contencioso administrativo”. Por fim, segundo o autor,² “justiça administrativa” refere-se “aos órgãos estatais responsáveis por essa atuação jurisdicional”.

Como a justiça administrativa vai se desenvolver, se dentro ou fora do Poder Judiciário, é o sistema jurídico de cada país que vai dizer.

Quando a Justiça Federal, por exemplo, julga lançamento de crédito tributário, questões de agências reguladoras e assuntos envolvendo os militares, está fazendo justiça administrativa no sentido da atividade prestada pelo Estado para resolver conflitos.

Veremos, também, que os conceitos de “justiça” e “jurisdição administrativa” podem ser importantes aliados do Estado (e da sociedade) na necessária tarefa de controlar as normas editadas pelas agências reguladoras, evitando a discussão das mesmas no Poder Judiciário.

O estudo da “justiça administrativa” parte da ideia de que a jurisdição é uma atividade estatal essencial: a autoridade que põe fim a um conflito, não sendo exclusiva do Poder Judiciário.

Não é o objetivo desse trabalho aprofundar o estudo do instituto da jurisdição,³ enquanto instituto da ciência processual civil. Contudo, é importante trazer aqui ideias de alguns autores como Ricardo Perlingeiro⁴ e Michael Asimow⁵ no sentido de mostrar que a própria Administração tem condições de estruturar órgãos, com independência e efetividade, para a resolução de conflitos no âmbito da própria Administração, sem precisar levar a questão ao Poder Judiciário.

Nesse ponto, as agências assumem importância como objeto de estudo, notadamente pelas normas que diuturnamente elas produzem e por ser responsável por grande número de ações no Poder Judiciário.

Como o estudo da justiça administrativa se propõe a melhorar essa atuação da agência na sua atividade adjudicatória, é o que se propõe no presente trabalho, sem pretensão, é óbvio, de exaurir o assunto.

¹ PERLINGEIRO, Ricardo. A justiça administrativa brasileira comparada. Comparative administrative justice in Brazil. *Revista CEJ*, Brasília, ano XVI, n. 57, p. 7, maio/ago. 2012.

² Ibid.

³ A esse título, com farta bibliografia sobre o tema, ver: BARBI, Marcelo. *Novos paradigmas da jurisdição*. Conceitos. Princípios. Funções. 2019. 658 f. Tese (Doutorado em Direito Processual). Faculdade de Direito - Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ), Rio de Janeiro, 2019.

⁴ PERLINGEIRO, Ricardo. Administrative functions of implementation and adjudication guided by primacy of fundamental rights. *British Journal of American Legal Studies*, Birmingham, v. 6, n. 2, p. 263-277, 2018; PERLINGEIRO, Ricardo. Desafios contemporâneos da justiça administrativa na América Latina. *Revista de Investigações Constitucionais*, Curitiba, v. 4, n. 1, p. 167-205, jan./abr. 2017.

⁵ ASIMOW, Michael. Cinco modelos de adjudicação administrativa (Justiça Administrativa). *Revista de Investigações Constitucionais*, Curitiba, v. 4, n. 1, p. 129-165, jan./abr. 2017.

2. A configuração da justiça administrativa em países como França, Itália, Alemanha e os Estados Unidos

A França possui um sistema de justiça em que conflitos entre Estado e cidadão são julgados por tribunais administrativos que dizem a última palavra (o Conselho de Estado é a terceira e última instância). Suas decisões não podem ser revisadas pela chamada “Justiça Comum”. Esses tribunais administrativos compõem a estrutura do Poder Executivo. Fora do Poder Judiciário, os tribunais administrativos franceses, cuja cúpula é representada pelo Conselho de Estado francês, detêm a competência para processar e julgar os conflitos entre a Administração e os particulares.

O modelo francês inaugurado no século XVIII (Revolução Francesa de 1789), foi levemente flexibilizado ao longo do século XX (reforma de 2008 à Constituição de 1958 - atual). Como se sabe, o Judiciário, antes da revolução, era parte da nobreza e não poderia ter a soberania que só o Parlamento podia exercer.

Com a revolução na França em 1789, a separação de poderes se torna um princípio inabalável à então nova ordem instalada. E essa separação no pós-revolução era rígida, não se admitindo o Judiciário modificar atos do Executivo. Apareceu na primeira Constituição Francesa pós-revolução (1791) e nas demais que se seguiram, até a última e atual - a França teve 16 Constituições.

A Constituição francesa vigente (1958) - a Constituição da chamada “5ª República” - fala em “Sistema Judiciário Nacional” e não “Poder Judiciário Nacional”. Isso porque prevê os órgãos jurisdicionais sem dizer que são do Poder Judiciário ordinário.

Uma importante questão do sistema francês é que o fato de existir justiça administrativa estruturada (órgãos jurisdicionais próprios para tal atividade) não impede que exista jurisdição administrativa em outros órgãos administrativos. Existe a possibilidade de julgamento dentro da própria Administração sem que a questão tramite pelos órgãos de justiça administrativa. Em outras palavras, mesmo na França, existe justiça administrativa fora dos órgãos típicos de jurisdição.

A “independência do Poder Administrativo” é algo muito forte na França desde a época do pós-revolução. O conceito de jurisdição administrativa surge como forma de resistência à jurisdição ordinária. Nesse contexto, o Conselho de Estado Francês (jurisdição administrativa) e a Corte de Cassação (jurisdição ordinária) são órgãos de cúpula, cujas competências não se comunicam.

O Conselho Constitucional, por sua vez, é o órgão judiciário maior.

Na França, há um modelo processual próprio da Justiça Administrativa e um modelo processual para a justiça ordinária. E há também um modelo de jurisdição, na seara administrativa, diferente do executado na jurisdição comum.

A ausência da ideia de supremacia constitucional na França gerou instabilidade jurídica. O modelo de flexibilidade entre as constituições francesas e os atos legislativos geravam a instabilidade.

A reforma constitucional francesa de 2008 ocorreu justamente por pressão dos tratados internacionais europeus, que exigiam a uniformização dos seus sistemas jurídicos. O Conselho Constitucional francês passou, então, excepcionalmente, a analisar decisões do Conselho de Estado em casos de violação da decisão a uma questão de constitucionalidade.

É de se destacar, contudo, que, já em 1980, antes mesmo da reforma constitucional de 2008, o Conselho Constitucional admitiu julgar decisões do Conselho de Estado em casos excepcionais de possível inconstitucionalidade. É o que se observa na *Decision* nº 80-119 DC,⁶ de 22/07/1980.

O que se observa, por conta desse fenômeno, é que existe uma flexibilização tanto do sistema francês – a partir da reforma constitucional de 2008, que passa a admitir recurso da justiça administrativa para a justiça comum (no caso, para o Conselho Constitucional, em questões de constitucionalidade) – quanto do sistema americano/inglês, que, ao longo do século XX, cria mais tribunais administrativos e implementa, de forma mais evidente com a criação das agências a partir de 1930, a revisão judicial fechada.

Se, de um lado, o sistema francês vem admitindo a análise das decisões do Conselho de Estado pelo Conselho Constitucional quando a questão tocar a exame de constitucionalidade, por outro, os sistemas de jurisdição uma cada vez mais implementam a justiça administrativa como forma de minorar o número de ações no Poder Judiciário, como veremos no item 4 mais à frente.

Na Itália, o modelo segue basicamente o francês.

A chamada *Giustizia Amministrativa*, cujo órgão de cúpula é o Conselho de Estado Italiano (*Consiglio di Stato*), é responsável pelo julgamento de lides envolvendo a Administração. E suas decisões fazem coisa julgada tão quanto as decisões da justiça ordinária, o Poder Judiciário propriamente dito.⁷

Tal como na França, o sistema jurídico italiano possui um código de processo administrativo, cujo art. 7º descreve a anatomia da justiça administrativa da Itália.

Karina Grimaldi ressalta que “os atos decorrentes de poder político não são impugnáveis na Jurisdição Administrativa, mas na Justiça Italiana Ordinária, assim como os atos praticados pelo Poder Público Italiano de natureza tipicamente privada”.⁸

⁶ FRANÇA. Conselho de Estado. *Decision* nº 80-119 DC, de 22 de julho de 1980.

⁷ Sobre o sistema de jurisdição administrativa italiana, consultar: GRIMALDI, Karina. Justiça administrativa na Itália: uma comparação entre o sistema jurídico italiano e o sistema jurídico brasileiro. *Publicações da Escola da AGU*. 2º Curso de Introdução ao Direito Europeu: Tradizione Civilistica Armonizzazione dei Diritto nelle Corti Europee, Brasília, v. 2, n. 29, p. 27-38, ago. 2013.

⁸ *Ibid.*, p. 30.

Na Alemanha, por seu turno, existe uma justiça administrativa inserida dentro da estrutura orgânica do Poder Judiciário.⁹ Nessa estrutura, existem órgãos jurisdicionais, de 1ª e 2ª instância, especializados em processar e julgar os conflitos entre a Administração e o Poder Judiciário.

Para Rafael Soares Souza,¹⁰ o modelo alemão é um típico “sistema misto” de jurisdição: existem órgãos especializados em julgar conflitos da Administração com os particulares, porém integram a estrutura orgânica do próprio Poder Judiciário.

Segundo Eduardo García de Enterría,¹¹ a cultura da adjudicação administrativa está tão enraizada nos países europeus que a própria Convenção Europeia de Direitos Humanos, no seu art. 6º, prega que todo cidadão tem direito a uma tutela jurisdicional célere e prestada por “tribunal independente”. Note-se que, seja qual for o sistema de jurisdição adotado no país europeu – se “jurisdição una” ou “jurisdição dual” –, o cidadão tem direito a uma jurisdição plena.

Observa-se, também, que o referido art. 6º da Convenção Europeia, ao mencionar que o cidadão tem direito a uma tutela jurisdicional prestada por “tribunal independente”, não está preocupado se esse tribunal está inserido dentro da estrutura do Poder Executivo (como no caso francês) ou dentro do Poder Judiciário (como na realidade alemã).

Em outra passagem, García de Enterría¹² afirma que, na própria Alemanha, a Constituição coloca o direito à tutela jurisdicional como um “direito fundamental”.

Nos Estados Unidos, a justiça administrativa está inserida dentro de um sistema de jurisdição una.

Como no Brasil, não há como se afastar do Poder Judiciário norte-americano a análise de qualquer lesão ou ameaça de lesão a direito. A diferença é que lá, notadamente nas agências, diferentemente do Brasil, existe: (i) todo um procedimento administrativo contencioso e adversarial, em que a agência exerce funções combinadas (além da regulação, uma adjudicação ampla – processamento e julgamento); e (ii) a revisão do conflito por parte do Poder Judiciário é fechada, não se admitindo rediscutir, com os mesmos argumentos, provas já debatidas na seara administrativa da agência ou a produção de novas provas.

No sistema norte-americano, quase todos os órgãos administrativos têm a configuração de agência, numa concepção muito mais ampla do que as agências reguladoras brasileiras – o

⁹ A esse título, consultar PERLINGEIRO, Ricardo; BLANKE, Hermann-Josef; SOMMERMAN, Karl-Peter. *Código de jurisdição administrativa* (o modelo alemão). Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

¹⁰ SOUZA, Rafael Soares. *Justiça administrativa: o sistema brasileiro*. 2014. 144 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP), São Paulo, 2014. p. 50-51.

¹¹ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. *As transformações da justiça administrativa: da sindicabilidade restrita à plenitude jurisdicional. Uma mudança de paradigma?* Tradução Fábio Medina Osório. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2010. p. 40.

¹² Ibid., p. 55.

termo *agency* se aplica a todo e qualquer órgão ou departamento da administração norte-americana que tenha uma autonomia maior. Essas agências norte-americanas realizam suas atividades jurisdicionais com “funções combinadas”. Quer isso dizer que a agência, através de órgãos separados do seu corpo diretivo, é responsável pela investigação, pela instrução, pela decisão inicial e pela análise de um pedido de reconsideração (recurso, 2º grau administrativo de jurisdição).

A esse título, Michael Asimow¹³ descreve minuciosamente a configuração da justiça administrativa norte-americana.

O autor¹⁴ afirma que, em regra, o conflito entre a Administração e o administrado possui três fases (ou níveis): (i) a decisão administrativa (a decisão inicial), (ii) a reconsideração (que pode ser dada pelo próprio órgão administrativo – “funções combinadas” – ou por um tribunal separado) e (iii) a revisão judicial.

Dependendo do país e da cultura jurídica nele existente, há mais investimento de recursos materiais e humanos do Estado numa fase ou em outra.

No âmbito norte-americano, por exemplo, segundo Asimow,¹⁵ existem órgãos administrativos desvinculados da agência, destinados a julgar os conflitos entre a própria e os agentes econômicos. O autor afirma que as agências exercem essa “jurisdição administrativa” através de “funções combinadas”: órgãos da própria agência que processam e julgam o conflito de maneira “adversarial”, ou seja, em procedimento mais conduzido pelos advogados e pelas partes do que pelo julgador (relativamente passivo) e com fases separadas de instrução e julgamento. São os organismos *quase-judiciais*, como comumente chamados.

Por conta disso, acaba sendo “fechada” a revisão dessa decisão administrativa pelo Judiciário. A ampla discussão e a alta possibilidade de produção de provas que se tem no âmbito dessa “justiça administrativa” norte-americana fazem com que não se permita produzir outras provas no âmbito do Judiciário.

Já no sistema inglês, na seara administrativa, o conflito é julgado pelas agências, mas permite a reconsideração da decisão inicial por “*tribunals*”, órgãos diversos da agência (fora dela, portanto).

Num procedimento adversarial, com alta dialeticidade, em que as partes e advogados são ouvidos por juízes administrativos independentes (*ALJs – Administrative Law Judges*) ou simplesmente *hearing officers*,¹⁶ as agências norte-americanas decidem e ainda há possibilidade de reconsiderar essa decisão em outro nível de jurisdição administrativa.

¹³ ASIMOW, Michael. Cinco modelos de adjudicação administrativa (Justiça Administrativa). *Revista de Investigações Constitucionais*, Curitiba, v. 4, n. 1, p. 129-165, jan./abr. 2017.

¹⁴ Ibid., p. 132-133.

¹⁵ Ibid., p. 133-142.

¹⁶ Ibid., p. 138-142.

Na Inglaterra, o sistema adota praticamente a mesma configuração, apenas com a diferença que, na fase de reconsideração (recurso, revisão administrativa), a atividade é desempenhada não em “função combinada da agência”, mas por “*tribunals*”.

No sistema norte-americano, num procedimento em que as partes e advogados têm amplas possibilidades de serem ouvidos por juízes administrativos independentes e de produzir várias provas, e com a possibilidade ainda de recorrer administrativamente a uma outra instância superior, a revisão judicial (no Poder Judiciário) é limitada e não aberta como se verifica no Brasil.

Naquilo concebido por Michael Asimow¹⁷ como as “três fases do procedimento de adjudicação administrativa”, prestigia-se muito mais as duas primeiras fases, de decisão e reconsideração administrativa, do que a última, de revisão judicial.

Isso porque, sendo o conflito “Administração x administrado” processado e decidido com amplos poderes de revisão (o juiz administrativo tem o poder de rever a **essência** do ato estatal impugnado, não só aspectos de forma), e com alta carga de instrução probatória, contraditório e dialeticidade, fica fácil para o Judiciário proceder ao chamado “*judicial review*”. Tendo sido a questão debatida de forma quase exauriente no âmbito administrativo, estruturado para prestar uma “tutela jurisdicional efetiva” na visão de Ricardo Perlingeiro,¹⁸ não precisa o conflito ser novamente debatido no Judiciário em todos seus aspectos.

O sistema norte-americano é a prova viva de que a ideia de uma jurisdição administrativa plena funciona perfeitamente em sistemas de jurisdição una, situação que ainda não existe satisfatoriamente no Brasil, apesar de a ideia estar avançando nos últimos tempos, como veremos a seguir.

No Brasil, a falta (ainda) de uma cultura de jurisdição administrativa com tutela plena e efetiva (a possibilidade de a Administração, por órgãos próprios e independentes, rever seus próprios atos em toda sua essência), e a falta de uma justiça administrativa estruturada principalmente nas agências reguladoras, fazem com que a grande parte dos conflitos envolvendo a Administração seja levada diretamente ao Poder Judiciário. Tal fenômeno obriga o Juiz a lidar com assuntos que não são do seu conhecimento médio – principalmente assuntos técnicos e econômicos, que evoluem rapidamente nos tempos atuais – e questões que sequer foram discutidas na seara administrativa, de forma dialética e sem decisão fundamentada.

É o que veremos a seguir.

¹⁷ Ibid., p. 132-133.

¹⁸ PERLINGEIRO, Ricardo. Administrative functions of implementation and adjudication guided by primacy of fundamental rights. *British Journal of American Legal Studies*, Birmingham, v. 6, n. 2, p. 263-277, 2018; PERLINGEIRO, Ricardo. Desafios contemporâneos da justiça administrativa na América Latina. *Revista de Investigações Constitucionais*, Curitiba, v. 4, n. 1, p. 167-205, jan./abr. 2017.

3. A origem da justiça administrativa no Brasil e a questão da unicidade de jurisdição no regime jurídico atual

É cediço que a Constituição Federal de 1988 afirma que nenhuma lesão ou ameaça de lesão a direito pode ser dele afastada.¹⁹

Apesar do ordenamento jurídico brasileiro pregar a cláusula da inafastabilidade do Poder Judiciário, nada impede que o Estado crie outras formas de resolução de conflitos e, portanto, outros mecanismos para conter o excesso de demandas na Justiça Brasileira.

Em dados colhidos do CNJ em 2014, havia nessa época mais de 100 milhões de ações judiciais sendo processadas no Poder Judiciário brasileiro.²⁰ Segundo destaque de Ricardo Perlingeiro,²¹ “o excesso de demandas judiciais na América Latina é extraordinário e poderia deixar um visitante perplexo com a alta produtividade dos seus tribunais judiciais”. Segundo o autor, “no Brasil, somente em 2014, cada juiz proferiu em média 1500 sentenças”.²²

Por isso, a melhor ideia, antes de ingressar com uma demanda judicial, seria a tentativa de se resolver o conflito através de uma adjudicação administrativa, uma espécie de “contencioso administrativo”.

Interessante citar visão de Joaquim Falcão²³ sobre a excessiva judicialização de demandas no caso específico das agências reguladoras brasileiras.

Segundo o autor, só em 2007, o Congresso aprovou 198 leis e, no mesmo ano, 3 agências reguladoras (ANEEL, ANTT e ANA) aprovaram 1.965 resoluções. Nessa visão de evitar a judicialização dos conflitos, o autor afirma que as agências deveriam envidar esforços para solucionar esses conflitos na esfera administrativa, seja por conciliação, seja por resolução própria dos mesmos sem precisar se socorrer do Poder Judiciário. Para ele, se por um lado a atividade normativa das agências é uma necessidade da gradativa complexidade dos serviços públicos prestados e das atividades econômicas desempenhadas, por outro, a excessiva normatividade tem gerado uma crescente judicialização dos conflitos entre agências e consumidores/agentes econômicos que nem a melhor reforma do Judiciário daria conta de tanta demanda.

O autor também fala que a maior participação da sociedade na confecção das normas das agências e a maior transparência no processo normativo podem ser fatores que diminuam o número de demandas no Poder Judiciário.

¹⁹ Art. 5º, inciso XXXV, da CF/1988: “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.

²⁰ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (CNJ). *Justiça em números: 2014* [ano-base 2013]. Brasília: CNJ, 2014.

²¹ PERLINGEIRO, Ricardo. Desafios contemporâneos da justiça administrativa na América Latina. *Revista de Investigações Constitucionais*, Curitiba, v. 4, n. 1, p. 168, jan./abr. 2017.

²² Id., 2018.

²³ FALCÃO, Joaquim. Agências reguladoras têm de evitar a judicialização de demandas. *Revista Consultor Jurídico*, São Paulo, 25 mai. 2008.

Apesar de hoje estarmos sob um regime jurídico de unicidade de jurisdição por força de dispositivo constitucional, nem sempre foi assim no Brasil.

Principalmente, na época em que perdurou o Império no Brasil (1808-1889).

A Assembleia constituinte de 1823, que deu azo à Constituição Imperial de 1824 (a 1ª Constituição do Brasil enquanto país independente), deixou assentado um Estado liberal ultramoderno para aquele momento. E o fez até o seu fechamento à força, em 1889, com a Proclamação da República de 15 de novembro daquele ano e com o Decreto nº 1.

Mesmo sendo outorgada pelo chamado “Poder Moderador” – órgão vinculado diretamente à Coroa –, a Constituição Imperial de 1824 era muito moderna para aquele tempo.

O projeto da Assembleia Constituinte era redutor da autoridade do império, principalmente em razão da repartição de poderes. Daí a sua derrocada. Uma das poucas constituições no mundo a adotar o modelo da semi-rigidez,²⁴ fragilizou-se por opção, mas manteve-se viva por muito tempo. Ainda hoje é a Constituição que mais tempo durou na história do país.

Mesmo no período de 1831 a 1840 – período da renúncia de D. Pedro I –, a CI/1824 manteve-se firme. Conferia certa independência ao Poder Judiciário a despeito de os três poderes estarem sob a égide do Poder Moderador. E, nessa configuração política do Estado brasileiro, instituiu um sistema misto de jurisdição: os conflitos entre particulares e as causas criminais eram julgadas pelo Poder Judiciário, chamado na época de “justiça comum”; e os conflitos entre a Administração e os particulares eram julgados pela justiça administrativa estruturada na época, tendo no Conselho de Estado do Império a sua maior e última instância.

A matriz francesa de Poder Judiciário inspirou muito a CI/1824 nesse sentido.

A instituição de uma justiça especializada para processar e julgar os conflitos entre a Administração e os indivíduos da sociedade tinha por premissa a separação rígida de poderes, algo nem mesmo a famosa obra de Montesquieu²⁵ pregava. Como se sabe, a doutrina de Montesquieu se baseava na separação (e harmonia) de **funções** do Estado e não na separação dos órgãos estatais propriamente ditos.

Essa separação rigorosa dos poderes, que impedia a chamada “justiça comum” de avaliar e anular atos da Administração, teve como consequências práticas a instituição da “dualidade de jurisdição” (ou “jurisdição dual”), e, por sua vez, o Conselho de Estado do Império.

Apesar de instituído pela Constituição de 1824 como o órgão máximo da justiça administrativa, o Conselho é criado com função meramente consultiva. Após a renúncia de D. Pedro I, sendo o país gerido pelas regências e por atos adicionais para alterar o texto constitucional, o Ato Adicional de 1834 suprime o Conselho de Estado do Império. Contudo, é retomado em 1841 por força da Lei nº 234.

²⁴ Art. 179 da CI/1824, que permitia parte do texto constitucional ser alterado pelo procedimento de alteração das leis ordinárias.

²⁵ MONTESQUIEU. *O espírito das leis*. Tradução Maria Flávia dos Reis Amambahy. Rio de Janeiro: Ideia Jurídica, 2015.

O Regulamento 124/1842 sistematizou o funcionamento do Conselho de Estado do Império enquanto efetivo órgão de jurisdição (resolução de conflitos), já que, até então, o referido funcionava basicamente como órgão de consulta.

O referido regulamento reforça a norma constitucional da época de colocar o Conselho de Estado como órgão do Poder Moderador, distinto dos órgãos do Poder Judiciário (dualidade de jurisdição). O seu art. 24 lhe atribui, inclusive, o poder de avocar processos da justiça comum se houvesse algum interesse da Administração envolvido.

Tamanha era a cultura de jurisdição dual (uma para conflitos privados, outra para conflitos envolvendo a Administração) que a legislação da época previa inúmeros órgãos de contencioso administrativo, como, por exemplo, o Conselho Real da Fazenda (questões fiscais), o Conselho Ultramarino e a Mesa da Consciência e Ordens, para ficar em apenas três exemplos.

Apesar dessa configuração de uma justiça especializada para julgar conflitos envolvendo a Administração Pública, não tínhamos uma independência nos magistrados que a compunham (nomeados e exonerados pela realeza da época). Além disso, não havia na época, ao contrário dos dias atuais, uma separação harmônica entre os poderes e um modelo de freios e contrapesos entre os órgãos e funções estatais.

Segundo Ricardo Perlingeiro,²⁶ a independência é um requisito fundamental para que se preste uma tutela efetiva na jurisdição administrativa. Sem ela, a jurisdição prestada, seja na esfera judicial, seja na esfera administrativa se torna incompleta, não atingindo a sua finalidade. Voltaremos mais à frente a essa questão da tutela jurisdicional efetiva quando tratarmos da aplicação da justiça administrativa às agências reguladoras.

Em outro trabalho, o autor²⁷ dá a tônica dessa falta de estruturação e independência da Administração para resolver os conflitos que gera com os particulares, colocando toda a responsabilidade para o Judiciário, cada vez mais envolto com matérias distantes de seu conhecimento médio. Para ele, “o modelo brasileiro se inclina a uma ausência de jurisdição”, já que, após o advento da República, em 1889, sob influência norte-americana, instalou-se um sistema judicial único para a jurisdição administrativa e para a jurisdição comum. Mesmo com a Constituição de 1988 conferindo o devido processo legal inclusive nos processos fora do Judiciário (processos administrativos), a Administração Pública, “sem prerrogativas para decidir conflitos com independência efetiva”, empurra para o Judiciário, cada vez mais, o poder de controlar seus atos. Não preparado o Judiciário para enfrentar o conteúdo de muitos atos administrativos impugnados, acaba por referendá-los, limitando-se, na maioria das

²⁶ PERLINGEIRO, Ricardo. Administrative functions of implementation and adjudication guided by primacy of fundamental rights. *British Journal of American Legal Studies*, Birmingham, v. 6, n. 2, p. 264-265, 2018.

²⁷ PERLINGEIRO, Ricardo. Uma perspectiva histórica da jurisdição administrativa na América Latina: tradição europeia-continental versus influência norte-americana. *Revista de Investigações Constitucionais*. Curitiba, v. 2, n. 1, p. 92-93, jan./abr. 2015.

vezes, a fazer uma análise de aspectos formais, generalizando-se “a frustração” da sociedade em relação aos tribunais.

Perlingeiro²⁸ cita ainda que o só fato de existirem no Brasil, segundo dados do Conselho Nacional de Justiça,²⁹ “aproximadamente 25 milhões de execuções fiscais em curso, o que representa 40% dos processos judiciais em trâmite no país” demonstra que, no Brasil, há necessidade de intervenção judicial para quase tudo da vida administrativa, como é o caso da execução de uma decisão de natureza tributária. E aduz, também, que:

[...] prevalece, na comunidade jurídica brasileira, a sensação de que a Administração não está habilitada a promover, por conta própria, atos executórios de suas decisões ou mesmo a conduzir processos justos que resultem em decisões restritivas, em especial nos estados e municípios do interior, onde, além da falta de independência, os funcionários públicos nem sempre detêm conhecimento jurídico.

Apesar desse quadro ainda incipiente da justiça administrativa no Direito brasileiro, mais pela falta de iniciativa das autoridades brasileiras estruturar órgãos independentes para resolução de conflitos no âmbito administrativo do que pelo sistema de jurisdição una, a ideia vem ganhando lastro no sistema jurídico brasileiro, como veremos melhor no item a seguir.

4. A possível configuração da justiça administrativa no Brasil com o sistema de jurisdição una

Não é de hoje que se defende a tese de que a Administração Pública deve desenvolver, dentro de suas instituições, órgãos ou tribunais administrativos independentes para se resolver conflitos econômicos.

O CADE (Conselho Administrativo de Defesa Econômica), regulado hoje na Lei nº 12.529/2011, já faz isso com sucesso na seara dos conflitos de concorrência, desde a época da Lei nº 8.884/1994 (lei anterior de defesa da concorrência). E o faz atualmente através de um Tribunal Administrativo (art. 6º da Lei nº 12.529/2011).

O mesmo faz o Tribunal Marítimo (Lei nº 2.180/1954), que julga conflitos da navegação e do Direito Marítimo em geral, normalmente providos de alta tecnicidade. Suas decisões e seus procedimentos administrativos dificilmente são impugnados no Poder Judiciário. Muito menos anulados. E por quê? Justamente pela alta carga de contraditório no seu procedimento e pelo alto grau de fundamentação nas suas decisões colegiadas.

Idêntica análise pode ser feita dos processos do Tribunal de Contas da União.

²⁸ Ibid., p. 93.

²⁹ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (CNJ). *Justiça em números*: 2013 [ano base 2012]. Brasília: CNJ, 2013. p. 293-303.

Nos três exemplos, há uma ampla discussão sobre o tema posto, com alta carga de instrução e dialeticidade, havendo decisão em regra fartamente fundamentada e com a consideração dos argumentos levantados pelas partes ao longo do processo administrativo.

Malgrado a existência da chamada “jurisdição una” no Direito brasileiro (art. 5º, XXXV, CF/1988) - diferentemente da França, que possui uma espécie de sistema binário ou dual de jurisdição, com a existência do Conselho de Estado Francês para resolver conflitos de Direito Público entre a Administração e o particular -, nada impede que se crie uma estrutura, dentro da própria Administração, para se analisar e resolver conflitos entre agentes econômicos. Mormente quando tais conflitos envolvem interesses como a livre-iniciativa, a concorrência e a aplicação de normas primárias editadas pelas agências etc.

No Brasil, a resistência em se implantar um sistema de justiça administrativa é muito mais pela falta de iniciativa da Administração Pública em estruturar seus órgãos para resolver conflitos do que pelo óbice do art. 5º, XXXV, da CF/1988. A ideia desse dispositivo constitucional é muito mais no sentido de “caber ao Poder Judiciário a última palavra” do que considerar a jurisdição como “monopólio” ou exclusividade sua.

Ricardo Perlingeiro³⁰ afirma que a jurisdição é uma atividade estatal e que pode ser exercida na seara administrativa. Isso não quer dizer, segundo o autor, que a Administração tenha o poder de resolver definitivamente o conflito e de afastar do Poder Judiciário a análise sobre suas decisões administrativas.

Como a justiça administrativa será materializada, se dentro da estrutura do Poder Judiciário ou fora dele, é algo que depende do sistema jurídico de cada país.

Na França, como visto, há um sistema de justiça em que conflitos entre Estado e cidadão são julgados por tribunais administrativos que dizem a última palavra (o Conselho de Estado é a terceira e última instância). Suas decisões não podem ser revisadas pela chamada “Justiça Comum”. Esses tribunais administrativos compõem a estrutura do Poder Executivo. Fora do Poder Judiciário, os tribunais administrativos franceses, cuja cúpula é representada pelo Conselho de Estado francês, é o competente para processar os conflitos entre a Administração e os particulares.

No Brasil, em razão do art. 5º, XXXV, da CF/1988, não há possibilidade de algo parecido ocorrer. Contudo, isso não significa que não se possa estabelecer uma estrutura administrativa para se processar e julgar esses conflitos entre a Administração e os particulares. Não para resolver os conflitos “Administração $\times$ administrados” de forma definitiva, **mas para permitir outras formas de pacificação desses conflitos** e, até mesmo, auxiliar o Poder Judiciário na análise dos mesmos.

³⁰ PERLINGEIRO, Ricardo. Uma perspectiva histórica da jurisdição administrativa na América Latina: tradição europeia-continental versus influência norte-americana. *Revista de Investigações Constitucionais*. Curitiba, v. 2, n. 1, p. 89-136, jan./abr. 2015.

A tarefa do Poder Judiciário em analisar ou revisar um ato da Administração se torna mais fácil quando a discussão se dá previamente em âmbito administrativo. Maiores são as chances de deferência judicial quando a discussão do problema passa antes por um procedimento administrativo dialético, com alguma instrução probatória e com decisão motivada.

Em razão do dispositivo constitucional citado, não se poderia adotar mecanismo parecido com o que se tem na França, já que qualquer ameaça ou lesão a direito pode ser levada diretamente ao Poder Judiciário sem necessidade de passar antes pela discussão em sede administrativa.

Pela letra fria da Constituição de 1988, não há necessidade de prévio esgotamento da esfera administrativa para se ingressar ao Poder Judiciário. É verdade que o STF flexibilizou o amplo e irrestrito acesso ao Poder Judiciário no RE nº 631.240,³¹ criando condições mínimas para se impugnar judicialmente um ato administrativo. Contudo, de nada adianta a decisão do STF se Administração não criar uma estrutura administrativa de discussão, conciliação e julgamento do conflito a fim de que o mesmo possa ser solucionado.

Quando o conflito é previamente discutido no âmbito administrativo e não há solução, o mesmo tem melhores condições de ser analisado pelo Poder Judiciário. Isso porque, tendo havido ampla discussão e instrução no âmbito administrativo acerca do conflito, a tarefa do Poder Judiciário se torna mais fácil, já que o caso concreto passou antes por uma discussão e instrução. A produção de outras provas – se necessárias – facilitará a atividade do julgador, levando em conta que a questão foi discutida em sede administrativa, tendo ali havido produção de provas.

Por outro lado, não existe essa estrutura de adjudicação no âmbito da Administração (processo dialético, juízes administrativos independentes, possibilidade de análise ampla do ato – conteúdo e forma –, instância superior para reconsideração, decisão fundamentada). A chance de judicialização direta do conflito, portanto, é muito maior. E isso contribui consideravelmente para o absurdo número de demandas hoje a tramitar no Poder Judiciário.

Tanto Ricardo Perlingeiro³² quanto Michael Asimow,³³ como já vimos, discorrem sobre os benefícios institucionais da instalação de uma Justiça Administrativa mesmo nos países que adotam o sistema da jurisdição una, como é o caso do Brasil e dos Estados Unidos da América.

Mesmo havendo regras nesses países de que nenhuma lesão ou ameaça de lesão pode ser afastada da apreciação pelo Poder Judiciário, nada impede que se crie órgãos adminis-

³¹ Não se pode deixar de consultar o Recurso Extraordinário nº 631.240, julgado pelo STF em 03 de setembro de 2014, em que o Tribunal estipulou alguns requisitos de interesse de agir para se ingressar com uma ação no Poder Judiciário sem antes discutir a matéria em sede administrativa.

³² Op. cit.

³³ ASIMOW, op. cit., p. 157.

trativos próprios (independentes) para solucionar conflitos entre a Administração e os administrados – no caso das agências, entre as próprias e os agentes econômicos e os terceiros atingidos por uma atividade econômica ou por uma norma editada.

Michael Asimow,³⁴ como também visto, aborda os diversos sistemas de justiça administrativa existentes no mundo ocidental. O autor chega a dizer que não é necessário fazer um “*transplante*” de um instituto estrangeiro para se melhorar o sistema de justiça nacional. Isso porque, segundo o autor, os sistemas de administração e de justiça de um país são criados durante décadas de atuação institucional e de uma reiteração de práticas administrativas que dificilmente seriam alteradas sem discussões mais profundas.

Por essa ideia, para se implantar um sistema de justiça administrativa no Brasil, não é necessário mudar o sistema constitucional de jurisdição una (art. 5º, XXXV, CF/1988), o que só caberia por emenda constitucional – e, mesmo assim, essa emenda ainda seria questionada por possível violação de cláusula pétrea (art. 60, §4º, inciso IV, da CF/1988) ou do princípio da vedação ao retrocesso (não se pode alterar cláusula pétrea diminuindo o seu núcleo central de proteção).

Pode-se sistematizar uma justiça administrativa no Brasil sem a necessidade de se alterar o regime de jurisdição una instituído pela Constituição de 1988. O CADE, o Tribunal Marítimo e o TCU são exemplos vivos dessa perfeita convivência entre o sistema de jurisdição una e a justiça administrativa.

Segundo Ricardo Perlingeiro,³⁵ a independência do órgão julgador administrativo e a análise plena do ato estatal impugnado são características essenciais para se exercer a jurisdição (ou adjudicação) administrativa com plenitude, inteireza, eficácia. Sem elas, não se consegue exercer com eficiência essa também essencial função da Administração, que é a de resolver os conflitos com os agentes econômicos ou com os atingidos pelas normas das agências.

No mesmo artigo, o autor³⁶ aponta diversos problemas da jurisdição administrativa exercida na América Latina, com raras exceções, como os casos do México, Colômbia e Uruguai. Para ele, esses países latino-americanos aplicam o *Continental European Legal System* de Justiça Administrativa, com sua tradição de *civil law*, mas procuram se influenciar pelo sistema dos EUA. Esses países possuem um sistema judicial com jurisdição geral: um Judiciário com ampla jurisdição, sem justiça especializadas em conflitos administrativos. Além disso, têm sofrido com a incapacidade de lidar com a mescla de sistemas para solução de conflitos. Procuram, em leis esparsas, uma influência norte-americana, mas não contam com cortes administrativas especializadas nem com organismos “quase-judiciais” dentro da Administração Pública (como ocorre nos EUA). Também não adotam, em regra, o típico modelo europeu.

³⁴ Ibid.

³⁵ PERLINGEIRO, Ricardo. Administrative functions of implementation and adjudication guided by primacy of fundamental rights. *British Journal of American Legal Studies*, Birmingham, v. 6, n. 2, p. 268, 2018.

³⁶ Ibid., p. 267-269.

No Brasil e nos demais países da América latina, em geral, ainda segundo o autor,³⁷ as cortes administrativas têm recusado rever questões de fato, checando apenas legalidade ou devido processo legal do ato administrativo impugnado. Essas cortes carecem de necessárias prerrogativas para exercer seu múnus, com independência, sem ter medo de repercussões negativas. Aqui, sempre existe o medo do administrador de sofrer alguma punição pela sua aplicação de uma norma administrativa ou por uma interpretação que a afaste da literalidade da lei.

O autor chama a atenção também que, dada a ausência de cortes administrativas especializadas, juízes com excesso de poderes são hábeis em se imiscuir em questões envolvendo as agências reguladoras como se fossem disputas individuais, sem a devida consideração para interesses públicos. Esse é outro sério problema apontado: o Judiciário tende a aplicar princípios do Direito Privado em disputas com autoridades administrativas. O mesmo código de processo civil adotado para disputas privadas (CPC, Lei nº 13.105/2015) é utilizado para resolver conflitos entre o particular e a Administração. No Brasil, isso ocorre com frequência dada a ausência de um Código de Justiça Administrativa.

Por isso, vem em boa hora a ideia do “Código Modelo Euro-americano de Jurisdição Administrativa”³⁸ – iniciativa de Ricardo Perlingeiro (da Universidade Federal Fluminense – UFF) com o Professor Karl-Peter Sommermann, da Universidade de Speyer, na Alemanha.

O referido código, editado em seis línguas (inglês, francês, espanhol, alemão, português e italiano), tem o objetivo de incentivar a criação de um código para tratar, de forma mais adequada, os conflitos entre a Administração e os administrados.

Observa-se, com isso, que alguns passos já foram dados no sentido de se implementar um sistema de justiça administrativa em países que, a despeito de seus modelos de jurisdição una, ainda se ressentem de efetivos sistemas de resolução de conflitos no âmbito administrativo.

5. O modelo das agências reguladoras e possibilidade de utilização da justiça administrativa

Como se sabe, as agências reguladoras brasileiras surgiram com a inspiração do modelo norte-americano, que buscava dar maior expertise ao controle do Estado sobre algumas atividades econômicas consideradas “estratégicas”. Pensou-se num modelo que fugisse da burocracia característica da Administração central e que fosse regido por decisões técnicas, desapegadas das típicas decisões políticas.

³⁷ Ibid.

³⁸ PERLINGEIRO, Ricardo; SOMMERMAN, Karl-Peter. *Euro-American model code of administrative jurisdiction*: English, French, German, Italian, Portuguese and Spanish Versions. Niterói: Editora da UFF, 2014.

Gustavo Binembojm³⁹ dá o tom da importância das agências no conturbado momento econômico dos EUA no início do século XX:

A proliferação das agências reguladoras independentes deu-se, assim, durante os anos 1930, não apenas como fruto da crença na capacitação *técnica* e no melhor *posicionamento* da Administração Pública para reagir de forma rápida e flexível no sentido de estabilizar a economia e proteger os menos favorecidos contra as oscilações dos mercados desregulados, mas também da necessidade de *driblar* os entraves à regulação opostos por um Judiciário predominantemente conservador. Além disso, os reformadores acreditavam que o sistema de tripartição de poderes e de freios e contrapesos gerava disputas políticas entre facções que impediam os servidores públicos de servir ao interesse público de médio e longo prazo. A denominada *Segunda Carta de Direitos* — assim batizada por F.D. Roosevelt — pressupunha, destarte, um novo arranjo institucional para a sua implementação. As agências reguladoras se afirmam, portanto, no cenário político norte-americano, como entidades propulsoras da *publicização* de determinados setores da atividade econômica, *mitigando* as garantias liberais clássicas da propriedade privada e da autonomia da vontade.

As agências reguladoras brasileiras, ao contrário das norte-americanas e inglesas, ainda se ressentem de uma estrutura administrativo-judicial (os órgãos “*quase-judiciais*”) para resolver os conflitos entre elas e os agentes econômicos ou destinatários de uma norma. Não há, na estrutura das agências brasileiras, órgãos ou tribunais administrativos independentes para analisar o conflito “agência x interessado”.

Como visto, Michael Asimow⁴⁰ descreve a resolução do conflito entre as agências e o administrado: com a decisão administrativa e a reconsideração, dada pelo próprio órgão administrativo — “*funções combinadas*” — ou por um tribunal separado.

Vimos também que as agências exercem essa “jurisdição administrativa” de maneira “*adversarial*”, com fases separadas de instrução e julgamento.

Isso tudo torna diminuto o número de ações envolvendo as agências no Judiciário norte-americano.

Dominique Custos,⁴¹ ao diferenciar as agências reguladoras e as agências executivas na realidade jurídica norte-americana, chama a atenção para essas funções combinadas das

³⁹ BINENBOJM, Gustavo. Agências reguladoras, legalidade e direitos fundamentais: limites aos poderes normativo e sancionatório da Anvisa na regulação de produtos fumígenos. In: ARAGÃO, Alexandre dos Santos (Org.). *O poder normativo das agências reguladoras*. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 641.

⁴⁰ ASIMOW, op. cit., p. 132-133.

⁴¹ CUSTOS, Dominique. The rulemaking power of independent regulatory agencies. *The American Journal of Comparative Law*, Oxford, UK, v. 54, p. 617, 2006.

agências de fazer as normas e resolver os problemas decorrentes dela, fazendo aquilo que se concebe como adjudicação administrativa. Segundo a autora, “originalmente, a agência independente simbolizava a aquisição de especialistas idealizados de poderes reguladores sobre a economia, que desafiavam as noções de direito comum de propriedade e liberdade contratual, em nome do interesse público” [tradução nossa].⁴²

Para ela,⁴³ “a missão reguladora foi traduzida para o modelo de agência com funções combinadas: faz as regras, investiga, processa e adjudica”.

Em outra passagem, a autora⁴⁴ destaca esse poder da agência de fazer normas resolver conflitos delas decorrentes:

As agências recorrem à criação de regras à medida que executam políticas gerais. Eles empregam adjudicação quando sua ação administrativa afeta os direitos individuais. Fontes adicionais de procedimento administrativo podem ser encontradas na legislação que trata de um aspecto específico da elaboração de regras ou da habilitação de uma agência específica, bem como nos regulamentos da agência. [tradução nossa]

Ricardo Perlingeiro⁴⁵ afirma que, no Direito brasileiro, as agências ainda não possuem estrutura semelhante. Segundo o autor, quando se pensa nas agências, vem à mente logo o modelo americano, com adjudicação administrativa.

Nos EUA – continua⁴⁶ –, as agências podem fazer um “dever duplo”: funcionar como um órgão administrativo regulador e como um órgão quase-judicial para resolver conflitos. São os chamados “Tribunais Administrativos”: típicos da adjudicação administrativa de EUA, Reino Unido e Austrália. Nesses países, funcionam tais tribunais como um ramo do Executivo, ao contrário dos países que adotam o *European System*, em que, em regra, os tribunais administrativos funcionam como ramo do Judiciário.

Na América Latina, adotou-se o modelo das agências, sem incorporá-las ao Judiciário. Não se incorporou o mecanismo compensatório típico do sistema norte-americano, chamado de “disputa intra-administrativa e resolução através de tribunais administrativos especializados ou quase-tribunais”.

Na América Latina, não há órgãos extrajudiciais capazes de decisão final em disputas administrativas. Apenas as cortes do Judiciário podem dizê-la definitivamente. As únicas exceções são Uruguai e México.

⁴² O mesmo se observa em GOODNOW, Frank. *The principles of administrative law of the United States*. Nova York: G. P. Knickerbocker Press, 1905.

⁴³ CUSTOS, op. cit., p. 617.

⁴⁴ CUSTOS, op. cit., p. 618.

⁴⁵ PERLINGEIRO, 2018, op. cit., p. 271.

⁴⁶ Ibid.

O autor⁴⁷ continua a sua abordagem afirmando que, em termos de revisão judicial, quanto maior for o grau de independência e imparcialidade das autoridades administrativas que julgam, o grau de qualificação jurídica e o nível de expertise, tais como em áreas de saúde, meio-ambiente e energia, maior será a deferência do Poder Judiciário e menor será a chance dessas decisões serem revisadas ou anuladas judicialmente.

Também haverá menos busca por arbitragem se as autoridades administrativas estiverem dotadas de tais poderes.⁴⁸ O atraso na arbitragem no Brasil e o baixo nível de conciliação entre Administração Pública e administrados explicam um pouco a falta de expertise das autoridades administrativas em solucionar conflitos de forma técnica e esportiva (*due process of law*).

Por fim, para o autor,⁴⁹ a revisão judicial ampla e a elevada quantidade de ações demonstram o quão alto é o número de violações de direitos fundamentais, notadamente em sede de igualdade perante a lei, proporcionalidade e legítimas expectativas (princípio da confiança).

5.1 A questão da atividade normativa da agência reguladora e seu controle por uma justiça administrativa estruturada

Não se pode negar que, diante da rápida evolução da economia e da intensa produção de normas pelas agências atualmente, há inúmeros conflitos por conta dessas normas, muitas vezes editando regras primárias não previstas expressamente em lei. Essa conflituosidade causada pela incessante produção de normas pelas agências, muitas vezes leva os atingidos pelas normas a ingressarem com ações diretamente no Poder Judiciário.

E a falta de estrutura administrativa para exercer essa importante função que é a adjudicatória faz com que tenhamos atualmente um elevado número de demandas no Judiciário envolvendo as agências. Os atingidos pelas normas regulatórias levam o conflito diretamente para o Judiciário sem que a questão tenha sido discutida no âmbito das agências.

Sobre os conflitos “Agência *vs.* particulares” e, principalmente, envolvendo conflitos decorrentes da aplicação de uma norma primária da Administração, interessante citar o art. 3º do *Código Modelo Euro-americano de Jurisdição Administrativa*.⁵⁰

Na descrição do dispositivo do código, fala-se expressamente na possibilidade de o juiz fazer o controle sobre o ato individual ou sobre o “regulamento”. É o que se extrai do referido artigo:

Art. 3º (Alcance do controle da legalidade da atuação administrativa)

(1) O tribunal controla a legalidade das ações ou omissões da autoridade administrativa. O controle da legalidade engloba tanto os vícios de competência, de

⁴⁷ Ibid., p. 272-273.

⁴⁸ Ibid., p. 272-273.

⁴⁹ Ibid.

⁵⁰ PERLINGEIRO, Ricardo; SOMMERMAN, Karl-Peter. *Euro-American model code of administrative jurisdiction*: English, French, German, Italian, Portuguese and Spanish Versions. Niterói: Editora da UFF, 2014.

procedimento e de forma (legalidade formal ou externa), quanto os de conteúdo (legalidade material ou interna). O controle do conteúdo se refere ao exame da fundamentação jurídica do ato individual **e do regulamento**, bem como dos seus pressupostos fáticos e da qualificação jurídica dos fatos. O tribunal verificará, ainda, se a autoridade administrativa incorreu em desvio de poder.

(2) Cabe ao tribunal, inclusive, examinar a correta aplicação e interpretação de conceitos jurídicos indeterminados por parte da autoridade administrativa. [grifo nosso]

Nota-se que o código modelo de jurisdição administrativa menciona expressamente a possibilidade de a justiça administrativa analisar os **regulamentos**, que – entenda-se – representam todos os atos normativos da Administração, sejam eles derivados (de fiel execução da lei) ou primários/autônomos (tratam de matéria não veiculada em lei anterior). O próprio art. 3º do código dá a chave para que a justiça administrativa se torne mais um tipo de controle dos atos normativos das agências enquanto órgãos autônomos da Administração.

Esse papel de controle da Justiça Administrativa sobre os atos da Administração, através de órgãos independentes (artigos 6º a 12 do código), com capacidade de analisar plenamente o conteúdo dos atos (tutela efetiva) – art. 1º –, e em prazo razoável (art. 26), funciona como importante fator limitador da (hoje intensa) judicialização.

Se houver controle da norma autônoma da agência por órgãos administrativos dotados de independência da Administração central, com poder de tutela jurisdicional efetiva e com processo célere, muitas ações judiciais serão evitadas. E, se ajuizadas essas ações, maior será a chance de haver deferência judicial.

É óbvio que não é só a existência da justiça administrativa que evita a judicialização. A norma autônoma da agência que fica adstrita a critérios legitimadores como o respeito aos direitos fundamentais e à juridicidade, e o processo dialético com a oitiva dos interessados (consulta ou audiência pública, com a consideração de argumentos dos participantes na decisão normativa, dotada de tecnicidade e não invasora da reserva da lei) também evitam a “judicialização da norma”. Isso porque, na medida em que essa norma autônoma da agência torna mais objetiva a concreção de um direito e o cumprimento dos deveres para o desempenho razoável de uma atividade econômica, maior a chance dela não ser questionada em juízo.

E entenda-se “desempenho razoável da atividade econômica” aquele que respeita os princípios constitucionais da ordem econômica, em especial, a livre iniciativa, a concorrência, o respeito aos consumidores e terceiros atingidos, o meio-ambiente etc.

Se o agir administrativo tiver respaldo apenas nos preceitos abertos da lei (o legislador é incapaz de adentrar a detalhes da regulamentação das atividades econômicas, principalmente as reguladas), maior será a insegurança jurídica e maior a chance de uma questão ser judicializada.

Com uma justiça administrativa instituída no país, com órgãos administrativos dotados de independência e capacidade de analisar o ato normativo na essência – não apenas nos seus aspectos formais –, e ainda com a possibilidade de prestar uma jurisdição plena, mais fácil é a edição de um ato normativo autônomo pela agência reguladora. Isso porque o agente econômico ou o atingido pela norma saberão que os conflitos decorrentes desses atos normativos terão melhores chances de ser resolvidos nos órgãos de jurisdição administrativa, evitando-se, assim, a sua produção de efeitos. E essa discussão administrativa sobre a norma da agência evitará a judicialização da questão.

Ao contrário, sem a justiça administrativa instituída – não havendo órgãos de jurisdição com independência e com poder de análise plena dos atos administrativos, os conflitos decorrentes das normas autônomas das agências provavelmente serão levados diretamente ao Poder Judiciário. E serão levados ao juiz sem que haja qualquer discussão sobre o assunto.

O Judiciário, formado por juízes que geralmente não têm formação profissional em questões técnico-econômicas, terá de enfrentar aquela matéria da ação judicial.

E dificilmente terá condições de prestar uma jurisdição plena.

Provavelmente prestará uma jurisdição – como sói acontecer – baseada unicamente em exame formal de legalidade e de respeito ao devido processo legal (procedimental), sem poder analisar a fundo o conteúdo e as finalidades daquela norma da agência impugnada.

Com a ação ajuizada diretamente no Judiciário contra uma norma da agência, sem que a mesma tenha sido melhor debatida e enfrentada na seara administrativa, dificilmente o juiz terá condições de adentrar ao mérito e fazer um julgamento justo. Se o direito a um julgamento justo é reconhecido em quase todas as constituições do mundo e nas convenções de direitos humanos – em especial nas Convenções Interamericana (art. 8º) e Europeia de Direitos Humanos (art. 6º) –, dificilmente esse direito será concretizado. E dificilmente o direito material em jogo (o direito tocado pela norma da agência) será julgado pelo Judiciário de forma devida.

Sem a prévia discussão sobre a norma da agência, no âmbito de uma justiça administrativa devidamente estruturada, a jurisdição propriamente dita (judicial, exercida pelo Poder Judiciário) fica assoberbada e dificilmente terá condições de ser prestada de maneira plena, justa.

Interessante destacar Paulo Todescan Lessa Mattos,⁵¹ segundo o qual as justificativas para o uso de normas pela Administração têm a ver com “a necessidade de aumento da expertise, eficiência e correção de problemas de legitimidade na edição de normas”. Como o Poder Legislativo não tem (i) conhecimento de detalhes (expertise) e (ii) capacidade operacional (eficiência) de normatizar sobre todos os aspectos da regulação de um setor da economia, é

⁵¹ MATTOS, Paulo Todescan Lessa. Autonomia decisória, discricionariedade administrativa e legitimidade da função reguladora do Estado no debate jurídico brasileiro. In: ARAGÃO, Alexandre dos Santos (Org.). *O poder normativo das agências reguladoras*. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 336.

necessário delegar tal competência à Administração e, em especial, à agência se o setor for regulado. O atual quadro econômico-social dos países não comporta um modelo “estático” em que as ações do Estado (agências) sejam concebidos apenas em “normas primárias” e em “um poder legislativo soberano” e exclusivo.

Se houver possibilidade de a norma da agência ser discutida previamente (debate com a sociedade sobre o seu conteúdo), menor a chance da questão ser levada ao Judiciário.

Se houver a estrutura de uma Justiça Administrativa, melhor ainda.

Isso porque teremos discussão (i) **prévia** à edição da norma (consulta/audiência pública, participação popular, consideração dos argumentos trazidos pelos interessados, decisão fundamentada da agência), e (ii) **também posterior** (resolução dos conflitos decorrentes da norma regulatória em sede de Justiça Administrativa).

5.2 A justiça administrativa como forma de atingimento da eficiência pelas agências reguladoras

Um dos mais importantes princípios que norteiam a atividade administrativa é o da eficiência, segundo explicitamente previsto no art. 37, *caput*, da Constituição.

Tal princípio direciona a atividade do Estado para finalidades previstas constitucionalmente. Por este princípio, entende-se que o Administrador Público deve garantir resultados à sociedade. Ultrapassada está aquela velha ideia de que basta ser um “bom administrador” ou “fazer o que pode pela saúde, pela educação etc.” para conferir legitimidade ao Estado. Mais do que ser um “bom administrador”, o Estado deve garantir resultados, de modo a tornar efetivos os mandamentos que a Constituição lhe impôs. Daí vem a ideia de “efetividade das normas constitucionais” e de “eficiência”.

Neste diapasão, o escólio de Maria Sylvia Zanella Di Pietro⁵² é preciso:

O princípio da eficiência apresenta, na realidade, dois aspectos: pode ser considerado em relação ao modo de atuação do agente público, do qual se espera o melhor desempenho possível de suas atribuições, para lograr os melhores resultados; e em relação ao modo de organizar estruturar, disciplinar a Administração Pública, também com o mesmo objetivo de alcançar os melhores resultados na prestação do serviço público.

Apesar de expresso no art. 37 da CF/1988 a partir da Emenda Constitucional nº 19/98, o princípio da eficiência sempre norteou a atividade administrativa do Estado. A eficiência e, portanto, a necessidade de o Estado obter resultados satisfatórios aos fins a que se presta, sempre se fez considerar a eficiência (antes da EC 19), como um princípio implícito.

⁵² DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 11 ed. São Paulo: Atlas, 1999. p. 83.

Neste sentido, Emerson Gabardo⁵³ é preciso ao citar essa condição de princípio implícito da eficiência:

No Brasil, a eficiência tornou-se princípio constitucional expresso a partir da Emenda Constitucional nº 19/98, que alterou a redação do caput do artigo 37. Isso não implica asserir que a reforma introduziu uma novidade no sistema administrativo nacional. O princípio constitucional da eficiência administrativa já se denotava implícito na Carga Magna. Assim sendo, é importante considerar que a natureza da eficiência como norma constitucional não compreenderá a essência neoliberal que permeou os trabalhos reformadores. A eficiência como mero símbolo ou valor ideológico não se confunde com a sua manifestação jurídico-normativa.

Segundo Tércio Sampaio Ferraz Júnior,⁵⁴ o princípio da eficiência traz para a Administração novas obrigações, sendo uma delas a delegação de competência. Sem ela, o administrador não consegue agir de forma eficiente. A gestão pública eficiente exige que se delegue competência e que se concentre. Do contrário, concentrando competência, principalmente a normativa nas mãos exclusivas do legislador, o Estado corre o risco de ser menos eficiente, não atingindo as finalidades para as quais existe. A Administração é garantidora de direitos e deve concretizar resultados. Por isso a sua reponsabilidade civil, em caso de danos, é objetiva, sendo despcienda a prova da culpa. Essa noção de que a Administração age para garantir resultados é o que mais caracteriza a eficiência.

Nesse contexto, impossível exigir eficiência sem conferir poder de adjudicação às agências. Sem ele, as agências não obteriam os resultados para os quais foram criadas. A eficiência deve servir como parâmetro à adjudicação da agência.

Não deixa de ser, nas palavras de Juarez Freitas,⁵⁵ um “direito fundamental à boa regulação” (ou “regulação sustentável”) para os destinatários da atividade regulatória – agentes econômicos e consumidores.

Igualmente, Vanice Regina do Lírio Valle⁵⁶ elabora tese sobre o “direito fundamental à boa administração” como uma forma de a Administração Pública atingir seus resultados e atuar com eficiência.

⁵³ GABARDO, Emerson. *Eficiência e legitimidade do estado: uma análise das estruturas simbólicas do direito político*. Barueri, SP: Manole, 2003. p. 185.

⁵⁴ FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. O poder normativo das agências reguladoras à luz do princípio da eficiência. In: ARAGÃO, Alexandre dos Santos (Org.). *O poder normativo das agências reguladoras*. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 286-287 e 294.

⁵⁵ FREITAS, Juarez. *Direito fundamental à boa administração pública*. 3 ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

⁵⁶ VALLE, Vanice Regina Lírio do. *Direito fundamental à boa administração e governança*. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 75-99.

Para a autora,⁵⁷ “afirmar que a função administrativa – lugar de concretização das deliberações políticas dos demais poderes – deva receber adjetivações de conteúdo positivo constitui verdadeiro truísmo”. Apesar da ideia não estar positivada expressamente na Constituição de 1988, pode ser extraída a partir do princípio da eficiência do art. 37, *caput*. Cita⁵⁸ alguns documentos internacionais que, ao contrário da Constituição brasileira, enunciam a “boa administração” expressamente em seus textos. São os casos da Constituição espanhola, no art. 103 (“a administração que serve com objetividade aos interesses gerais”), da Constituição italiana, no seu art. 97 (órgãos públicos que “assegurem o bom andamento e a imparcialidade da Administração”), a Constituição portuguesa, no art. 267, 1 (“aproximar os serviços das populações e assegurar a participação dos interessados na sua gestão efectiva”), a Constituição sul-africana, no seu art. 33 (a ação administrativa deve ser “razoável e procedimentalmente justa”).

Além disso, a autora⁵⁹ destaca a Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia de 2000 (“a Carta de Nice”), que, no seu art. 41, notadamente nos itens 1 e 2, enuncia expressamente um direito à boa administração:

Artigo 41. Direito a uma boa administração

1. Todas as pessoas têm direito a que os seus assuntos sejam tratados pelas instituições e órgãos da União de forma imparcial, equitativa e num prazo razoável.
2. Este direito compreende, nomeadamente:
 - o direito de qualquer pessoa a ser ouvida antes de a seu respeito ser tomada qualquer medida individual que a afecte desfavoravelmente,
 - o direito de qualquer pessoa a ter acesso aos processos que se lhe refiram, no respeito dos legítimos interesses da confidencialidade e do segredo profissional e comercial,
 - a obrigação, por parte da administração, de fundamentar as suas decisões.

Vale a pena mencionar que a autora⁶⁰ destaca inúmeros precedentes julgados pelo Tribunal de Justiça da União Europeia, em que se discutiu o direito à boa administração.

Daí a importância da justiça administrativa para a efetivação da “boa administração” e também da eficiência.

⁵⁷ Ibid., p. 57.

⁵⁸ Ibid., nota 42.

⁵⁹ Ibid., p. 60-62.

⁶⁰ Ibid., p. 69-74: Caso 374/87 (*Orkem vs Comissão das Comunidades Europeias*), Caso C-269/90 (*Technische Universität München vs Hauptzollamt München-Mitte*), Caso C-32/95 P (*Comissão das Comunidades Europeias vs Lisrestal – Organização Gestão de Restaurantes Colectivos Ltda.*), Caso T-44/90 (*La Cinq AS vs Comissão das Comunidades Europeias*), Caso C-255/90 P (*Jean-Louis Burban vs. Parlamento Europeu*), Caso T-167/94 (*Detlef Nöelle vs Conselho da União Europeia e Comissão das Comunidades Europeias*), Caso T-231/97 (*New Europe Consulting y Michael P. Brown vs. Comissão das Comunidades Europeias*), Caso C-367/95 (*Comissão das Comunidades Europeias VS Chambre Syndicale Nationale des Entreprises de Transport de Fonds et Valeur Sytraval y Brink's France SARL*) e os Casos conjuntos T-528/93 T-542/93, T-543/93, T-546/93 (*Métropole Télévision e outros vs Comissão das Comunidades Europeias*).

Uma vez estrutura essa atividade adjudicatória na agência reguladora, maiores são as chances de sua atividade administrativa ser legitimada. Isso porque os conflitos envolvendo a agência, uma vez resolvidos **antes** na seara administrativa, legitimarão ainda mais os atos impugnados. Com o referendo da justiça administrativa, maior a chance de se observar a “boa administração” e o princípio da eficiência, materializados no mundo dos fatos.

E menor a chance, consequentemente, de a questão ser levada ao Judiciário.

Nesse quadro, as questões eventualmente trazidas ao Poder Judiciário (se trazidas) terão tido uma instrução quase precisa (completa) na seara da jurisdição administrativa.

Isso, como visto, facilitará o controle judicial (*judicial review*).

Maiores as chances, portanto, de o Judiciário prestar uma tutela efetiva e – por que não dizer também? – eficiente.

6. Conclusão

A agência reguladora, como qualquer organismo administrativo, tem sua atividade fiscalizada a todo momento. A despeito de ser um órgão fiscalizador por excelência, a agência não fica imune aos diversos controles existentes. Legislativo, Judiciário e o próprio Poder Executivo têm a capacidade de controlar os atos regulatórios. A sociedade também pode controlar os atos das agências reguladoras, seja ajuizando ação no Judiciário para impugnar qualquer atividade, seja participando dos processos de decisão tomados pela referida entidade.

Um desses controles dos atos das agências pode ser feito pela chamada “Justiça Administrativa”.

Apesar de ainda não estruturada do ponto de vista ideal, a justiça administrativa pode funcionar como um importante instrumento de controle da atividade das agências.

Como será a estruturação do órgão administrativo judicante, se distinto ou não da agência, para julgar com independência os conflitos com os administrados, esse é o grande desafio.

Em razão do sistema de jurisdição una, instituído pelo art. 5º, inciso XXXV, da Constituição de 1988, não se pode criar uma estrutura fora do Poder Judiciário para decidir de forma definitiva um conflito de interesses, mesmo envolvendo a Administração Pública. A impossibilidade de se afastar qualquer lesão ou ameaça de lesão da apreciação do Poder Judiciário, impede que se crie um organismo paralelo para julgar definitivamente conflitos de interesses entre particulares ou entre esses e o Poder Público. Mas tal configuração não impede que se crie mecanismos, dentro da Administração, para se resolver esses conflitos – ou ao menos diminuir o grande número de processos no Poder Judiciário.

A jurisdição não é uma atividade exclusiva do Poder Judiciário, podendo ser prestada por órgãos administrativos. Esses, uma vez atuando com independência e tutela plana (aná-

lise não só de aspectos formais do ato impugnado), **terão** condições de resolver e pacificar conflitos, evitando que a questão seja levada ao Poder Judiciário. E, caso ajuizada a questão litigiosa, o Poder Judiciário terá melhores condições de apreciá-la por ter sido antes discutida no âmbito administrativo.

Os modelos de justiça administrativa aplicado em alguns países como França, Itália, Alemanha, Estados Unidos e Inglaterra podem servir de inspiração, já que, apesar das suas diferenças de sistemas, aplicam a ideia da justiça administrativa como forma de **solução** do conflito entre particulares e a Administração Pública.

E, justamente na comparação com Estados Unidos e Inglaterra, observamos as diferenças em relação ao Brasil, apesar de todos três utilizarem um sistema de jurisdição *una*. Enquanto as agências norte-americanas e inglesas possuem uma jurisdição administrativa com procedimento adversarial, dialético e provido de duas instâncias, e com uma revisão fechada pelo Judiciário (não se admite a produção de novas provas no âmbito do Poder Judiciário), as agências brasileiras ainda se ressentem de uma estrutura independente de seu corpo diretivo para resolver conflitos administrativos. Permitem, por conta disso, toda a rediscussão, no âmbito judicial, da questão debatida administrativamente.

Autores como Michael Asimow e Ricardo Perlingeiro discorrem, em várias obras, sobre a importância da justiça administrativa, mesmo em países que utilizam o sistema de jurisdição *una*.

As agências brasileiras, responsáveis por um alto número de demandas no Poder Judiciário, ressentem-se de uma estrutura administrativa para solucionar os conflitos com os particulares e para evitar essa intensa judicialização.

Não é necessário o Brasil retornar ao sistema de jurisdição dual existente na época imperial para se concretizar o ideal de justiça administrativa. O regime constitucional daquele tempo previa o “Conselho de Estado do Império”, vinculado ao então “Poder Moderador”, como órgão máximo da justiça administrativa.

Nas palavras de Michael Asimow trazidas nesse trabalho, não é necessário alterar o sistema de jurisdição *una* estabelecido - ou fazer um “transplante” de institutos estrangeiros -, para se instituir a justiça administrativa no país.

Mesma linha é pregada por Ricardo Perlingeiro: basta se instituir órgãos administrativos independentes da Administração para realizar a atividade de adjudicação.

Esses órgãos devem ter a capacidade de analisar, de forma célere e independente, toda a essência do ato administrativo impugnado (não só aspectos formais). Esse ideal encontra-se materializado no “*Código Modelo Euro-americano de Jurisdição Administrativa*”, uma iniciativa do autor com o Professor Karl-Peter Sommermann, da Universidade de Speyer, na Alemanha.

Apesar do princípio da inafastabilidade da jurisdição insculpido no art. 5º, inciso XXXV, da CF/1988, nada impede que se estabeleça uma estrutura administrativa para se processar

e julgar os conflitos entre a Administração e os particulares. Não para resolver os conflitos “Administração $\times$ administrados” de forma definitiva, mas para permitir outras formas de pacificação desses conflitos.

A tarefa do Poder Judiciário em analisar ou revisar um ato da Administração se torna mais fácil quando a discussão se deu previamente em âmbito administrativo. Maiores são as chances de deferência judicial quando um determinado conflito passou antes por um procedimento administrativo dialético, com instrução probatória e decisão motivada.

CADE, Tribunal Marítimo e Tribunal de Contas da União são exemplos vivos no sistema jurídico brasileiro dessa perfeita convivência entre o sistema de jurisdição una e a justiça administrativa.

As agências brasileiras, apesar de terem se inspirado no modelo dos EUA, não adotaram, na seara adjudicatória, o modelo dos órgãos “quase-judiciais” para resolver conflitos.

A estruturação da justiça administrativa nas agências pode funcionar como um importante controle também da sua atividade normativa, hoje sujeita a inúmeras controvérsias no âmbito doutrinário e a um alto número de questionamentos na via judicial.

O próprio *Código Modelo Euro-americano de Jurisdição Administrativa* prevê, no seu art. 3º, a possibilidade de haver controle jurisdicional sobre o chamado “regulamento”. Esse dispositivo fornece a chave para que a justiça administrativa seja mais um controle dos atos normativos das agências enquanto órgãos autônomos da Administração, evitando o ajuizamento de inúmeras ações com esse fim.

Com uma justiça administrativa instituída no país, com órgãos julgadores dotados de independência e capacidade de analisar o ato na essência – não apenas os seus aspectos formais –, mais fácil é a edição de um ato normativo pela agência reguladora. Isso porque os agentes econômicos ou os atingidos pela norma saberão que os conflitos decorrentes desses atos normativos terão melhores chances de ser resolvidos nos órgãos de jurisdição administrativa, evitando-se, assim, a judicialização.

O Judiciário, formado por juízes que geralmente não têm formação profissional em questões técnico-econômicas, presta, em regra, uma jurisdição baseada em exame formal de legalidade e de respeito ao devido processo legal (procedimental), não se analisando o conteúdo da norma impugnada da agência.

Sem a prévia discussão sobre a norma da agência, numa justiça administrativa devidamente estruturada, o Judiciário fica assoberbado e dificilmente terá condições de prestar uma tutela plena, justa, adequada.

A criação de uma sistema de jurisdição na Administração também contribui para a concretização do princípio da eficiência, em especial das agências reguladoras. A justiça administrativa estruturada permitiria que as agências obtivessem melhores resultados.

Uma vez estruturada essa atividade adjudicatória na agência, maiores são as chances de sua atividade ser legitimada e, portanto, atingir a eficiência.

É perfeitamente possível, portanto, melhorar o sistema de justiça administrativa no Brasil sem alterar a redação do art. 5º, XXXV, da CF/1988. Pode-se estruturar melhor a Administração para resolver os conflitos sem se afastar do Judiciário o poder de dar a última decisão.

Conflitos em todas as áreas sempre existirão.

Para a sua solução, que a intervenção do Estado se inicie pela justiça administrativa e só depois pelo Poder Judiciário.

E para isso, não precisa alterar o art. 5º, inciso XXXV, da CF/1988 ou criar um órgão como o Conselho de Estado francês, desvinculado do Poder Judiciário. Basta se criar uma estrutura, desvinculada da direção da agência, para julgar com independência, plenitude (aspectos formais e materiais dos atos impugnados) e com celeridade os conflitos existentes entre a Administração e os administrados.

Alguns exemplos já estão funcionando no Brasil.

Basta apenas que o Estado efetive essa jurisdição administrativa para os demais órgãos, sem necessidade de transmutar o sistema de jurisdição una.

Uma legislação própria para a resolução desses conflitos envolvendo a Administração já seria um importante começo.

Nesse passo, o *Código Modelo Euro-americano de Jurisdição Administrativa* vem em boa hora.

Referências

- ARAGÃO, Alexandre dos Santos (Org.). *O poder normativo das agências reguladoras*. Rio de Janeiro: Forense, 2006.
- ASIMOW, Michael. Cinco modelos de adjudicação administrativa (Justiça Administrativa). *Revista de Investigações Constitucionais*, Curitiba, v. 4, n. 1, p. 129-165, jan./abr. 2017. DOI 10.5380/rinc.v4i1.50154. Versão em inglês disponível em: <<http://dx.doi.org/10.5131/AJCL.2015.0001>>. Acesso em: 27 jul. 2020.
- BARBI, Marcelo. *Novos paradigmas da jurisdição*. Conceitos. Princípios. Funções. 2019. 658 f. Tese (Doutorado em Direito Processual). Faculdade de Direito - Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ), Rio de Janeiro, 2019.
- BINENBOJM, Gustavo. Agências reguladoras, legalidade e direitos fundamentais: limites aos poderes normativo e sancionatório da Anvisa na regulação de produtos fumígenos. In: ARAGÃO, Alexandre dos Santos (Org.). *O poder normativo das agências reguladoras*. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 637-672.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 631.240 Brasília, 03 de setembro de 2014.
- CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (CNJ). *Justiça em números: 2013* [ano base 2012]. Brasília: CNJ, 2013.
- CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (CNJ). *Justiça em números: 2014* [ano-base 2013]. Brasília: CNJ, 2014.
- CUSTOS, Dominique. The rulemaking power of independent regulatory agencies. *The American Journal of Comparative Law*, Oxford, UK, v. 54, p. 615-639, 2006.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 11 ed. São Paulo: Atlas, 1999.
- FALCÃO, Joaquim. Agências reguladoras têm de evitar a judicialização de demandas. *Revista Consultor Jurídico*, São Paulo, 25 mai. 2008.
- FARIA, Adriana Medeiros Gurgel de. O controle das agências reguladoras. *Revista Esmafe - Escola de Magistratura Federal da 5ª Região*, Recife, n. 12, p. 23-35, mar. 2007.
- FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. O poder normativo das agências reguladoras à luz do princípio da eficiência. In: ARAGÃO, Alexandre dos Santos (Org.). *O poder normativo das agências reguladoras*. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 271-297.
- FRANÇA. Conselho de Estado. Decision nº 80-119 DC, de 22 de julho de 1980. Disponível em: <<https://www.doctrine.fr/d/CONSTIT/1980/CONSTEXT000017665964>>. Acesso em: 13 fev. 2020.
- FREITAS, Juarez. *Direito fundamental à boa administração pública*. 3 ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

GABARDO, Emerson. *Eficiência e legitimidade do estado: uma análise das estruturas simbólicas do direito político*. Barueri, SP: Manole, 2003.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. *As transformações da justiça administrativa: da sindicabilidade restrita à plenitude jurisdicional. Uma mudança de paradigma?* Tradução Fábio Medina Osório. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

GOODNOW, Frank. *The principles of administrative law of the United States*. Nova York: G. P. Knickerbocker Press, 1905.

GRIMALDI, Karina. Justiça administrativa na Itália: uma comparação entre o sistema jurídico italiano e o sistema jurídico brasileiro. *Publicações da Escola da AGU*. 2º Curso de Introdução ao Direito Europeu: Tradizione Civilistica Armonizzazione dei Diritto nelle Corti Europee, Brasília, v. 2, n. 29, p. 27-38, ago. 2013.

LIMA, Gustavo Augusto F. de. *Agências reguladoras e o poder normativo*. São Paulo: Baraúna, 2013.

MATTOS, Paulo Todescan Lessa. Autonomia decisória, discricionariedade administrativa e legitimidade da função reguladora do Estado no debate jurídico brasileiro. In: ARAGÃO, Alexandre dos Santos (Org.). *O poder normativo das agências reguladoras*. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 333-364.

MONTESQUIEU. *O espírito das leis*. Tradução Maria Flávia dos Reis Amambahy. Rio de Janeiro: Ideia Jurídica, 2015.

PERLINGEIRO, Ricardo. A justiça administrativa brasileira comparada. Comparative administrative justice in Brazil. *Revista CEJ*, Brasília, ano XVI, n. 57, p. 6-18, maio/ago. 2012.

PERLINGEIRO, Ricardo. Administrative functions of implementation and adjudication guided by primacy of fundamental rights. *British Journal of American Legal Studies*, Birmingham, v. 6, n. 2, p. 263-277, 2018. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=3124205>>. Acesso em: 20 jan. 2019.

PERLINGEIRO, Ricardo. Desafios contemporâneos da justiça administrativa na América Latina. *Revista de Investigações Constitucionais*, Curitiba, v. 4, n. 1, p. 167-205, jan./abr. 2017. DOI: 10.5380/rinc.v4i1.50155.

PERLINGEIRO, Ricardo. Uma perspectiva histórica da jurisdição administrativa na América Latina: tradição europeia-continental versus influência norte-americana. *Revista de Investigações Constitucionais*. Curitiba, v. 2, n. 1, p. 89-136, jan./abr. 2015. DOI <http://dx.doi.org/10.5380/rinc.v2i1.43658>.

PERLINGEIRO, Ricardo; BLANKE, Hermann-Josef; SOMMERMAN, Karl-Peter. *Código de jurisdição administrativa* (o modelo alemão). Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

PERLINGEIRO, Ricardo; SOMMERMAN, Karl-Peter. *Euro-American Model Code of Administrative Jurisdiction: English, French, German, Italian, Portuguese and Spanish Versions*. Niterói: Editora da UFF, 2014.

SALOMÃO FILHO, Calixto. *Regulação da atividade econômica (princípios e fundamentos jurídicos)*. 2 ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

SOUTO, Marcos Juruena Villela. *Direito administrativo da economia*. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2003.

SOUZA, Rafael Soares. *Justiça administrativa: o sistema brasileiro*. 2014. 144 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP), São Paulo, 2014.

VALLE, Vanice Regina Lírio do. *Direito fundamental à boa administração e governança*. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

Parte 3

Papel do Ministério Público

Capítulo 9: Jurisdição Administrativa pelo Ministério Público | *José Marinho Paulo Junior* - 221

Capítulo 10: A Efetividade da Atuação Extrajudicial do Ministério Público: Considerações acerca dos Compromissos de Ajustamento de Conduta em Matéria Ambiental | *Luciana Fernandes Portal Lima Gadelha* - 243

Capítulo 9

Jurisdição Administrativa pelo Ministério Público

José Marinho Paulo Junior

Resumo

O artigo perquire se ao Ministério Público brasileiro, com sua atual estatura constitucional, é confiada ou não função jurisdicional. Com recorte de pesquisa adstrito à seara administrativa, estuda-se o papel de negociador coletivo do Parquet à luz transdisciplinar da ciência da resolução de conflitos, com ressignificação do conceito de jurisdição e advogando a premência da reforma do modelo pátrio de justiça administrativa. Conclui-se que o Ministério Público desempenha funções jurisdicionais e seus acordos, vinculantes a terceiros legitimados, estão sujeitos à revisão deferente pelo Poder Judiciário.

Palavras-chave

Ministério Público, resolução de conflitos, jurisdição compartilhada, justiça administrativa.

Sumário

1. Introdução
2. A nova estatura constitucional do Ministério Público brasileiro
3. Ebuições normativa e metodológica da resolução de conflitos

4. Resignificação de jurisdição

5. Conclusões

* O presente texto é fruto de sintetização do trabalho final apresentado no III Seminário PPGD-UNESA – Justiça Administrativa (junho/2020), da disciplina Justiça Administrativa no Estado Contemporâneo, sob coordenação do Professor Ricardo Perlingeiro, do curso de Doutorado do programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Estácio de Sá.

1. Introdução

O presente artigo busca perquirir, com metodologia de revisão bibliográfica, se ao Ministério Público brasileiro, com seu atual perfil constitucional, é confiada ou não função jurisdicional, ainda que compartilhada e subsidiária à do Poder Judiciário, em sistema judicial monista incongruentemente inspirado no *Common Law*. Com recorte teórico transdisciplinar¹ atinente às funções não-penais administrativas desempenhadas pelo *Parquet*, não se dedica a limites normativos ao conteúdo do acordo. Em ressignificação do conceito de jurisdição e advogando reforma do modelo pátrio de justiça administrativa, justifica-se o estudo diante da necessidade premente de se (re)definir a natureza da prestação ministerial e o alcance jurisdicizante de atos daí decorrentes, isto é, se revestidos do manto da coisa julgada, se sujeitos à revisão deferente pelo Poder Judiciário e se vinculantes a terceiros.

2. A nova estatura constitucional do Ministério Público brasileiro

A atual feição institucional do *Parquet* começou a ser redesenhada com a lavratura da histórica Carta de Curitiba,² em junho de 1986, quando as lideranças do Ministério Público de nosso país visionariamente se reuniram para, em notável sinergia de ideias, formatar texto, que, encaminhado à Assembleia Constituinte, serviu de base para a redação dos artigos 127 e seguintes da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

Dentre as inovações acolhidas, as pedras angulares sobre as quais hoje se erige uma instituição autônoma – funcional e administrativa –, constituída, de forma una e indivisível, por membros dotados de independência funcional, vitaliciedade e inamovibilidade. E, claro, com vencimentos condignos³⁻⁴, revestidos de irredutibilidade (ao menos, nominal). Sobre-

¹ Ante a plurivocidade do vocábulo “transdisciplinariedade”, alinha-se aqui à semântica na qual se lhe exige linguagem científica dialógica, consistindo em estudo de um elemento através de diversas disciplinas, com sobreposição dos saberes (na multidisciplinariedade, ao contrário, quedam apenas justapostas), com conhecimento integrado e interativo entre as disciplinas, com relações, em etapa qualitativamente superior à interdisciplinaridade, postas em sistema total, sem fronteiras claras entre si (GUSTIN, Miracy Barbosa de Sousa; DIAS, Maria Tereza Fonseca. *(Re)pensando a pesquisa jurídica: Teoria e prática*. Belo Horizonte/MG: Del Rey, 2006).

² Não por outra, com singular propriedade, é tida como a “certidão de nascimento” do Ministério Público brasileiro (MAZZILLI, Hugo Nigro. *Regime Jurídico do Ministério Público*. 7 ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 92).

³ A série histórica de leis de fixação de subsídios dos ministros do Supremo Tribunal Federal e do Procurador-Geral da República, apresentados sintomaticamente em ordem sequencial e simultânea, fazem bem transparecer tal simetria, com identidade de valores. *Exempli gratia*, tenham-se as Leis n.º 13.091/2015 e 13.092/2015, que dispunham, respectivamente, sobre o subsídio dos ministros do Supremo Tribunal Federal e do Procurador-Geral da República. De igual forma e de modo consistente, apontem-se as leis n.º 13.752 e 13.753, com reajuste idêntico a salários dos ministros do Supremo Tribunal Federal e do Procurador-Geral da República.

⁴ A partir da Emenda Constitucional n.º 45, de 2004, mediante a dicção normativa dada ao § 4º do art. 129 da Constituição de 1988, o Conselho Nacional de Justiça passou a expressamente reconhecer a simetria remuneratória entre as carreiras da magistratura e do Ministério Público, tida a determinação do art. 129, §4º, da Constituição como autoaplicável, com necessária comunicação das vantagens funcionais do Ministério Público, previstas na Lei Complementar n.º 75, de 1993, e na Lei n.º 8.625, de 1993, à Magistratura e vice-versa (vide Pedido De Providências n.º 0002043-22.2009.2.00.0000, relatado pelo Conselheiro José Adonis Callou de Araújo Sá).

tudo, foi eleito defensor da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis.⁵

Para além do texto constitucional, o avanço foi, não sem algum hiato temporal, refletido em legislações infraconstitucionais: promulgaram-se a Lei Orgânica Nacional dos Ministérios Públicos Estaduais (Lei nº 8.625) a Lei Complementar do Ministério Público da União (Lei Complementar n.º 75), garantindo-se nestes que a autonomia administrativa também no aspecto financeiro. Ao longo das últimas décadas leis nacionais vêm confiando cada vez mais ao *Parquet* funções de relevo,⁶ ampliando significativamente possibilidades legisladas de disposição sobre os direitos coletivos, com crescente margem de negociação: termo de ajustamento de conduta (previsto no art. 5º §6º da lei nº 7.347/1985⁷), no Estatuto da Criança e do Adolescente (art. 211), no Código de Defesa do Consumidor e no Estatuto do Idoso (artigo 74, X), culminando agora com o acordo de não persecução cível da Lei n.º 13.964/2019.

No cenário infralegal, consolidou-se a atuação ministerial no campo da consensualidade.⁸

Tido por muitos como um quarto Poder (moderador ou de controle),⁹ não é o Ministério Público uma agência reguladora propriamente dita. Inobstante, ocupa posição ainda mais qualificada, de regulação jurídica *sui generis*, em seu papel único de *custos iuris*. O *Parquet* é dotado de prerrogativas superiores aos de membros de agências reguladoras e com o múnus constitucional de eventualmente mesmo questionar atos destes – em verdadeiro papel de meta-agência, isto é, **agência de agências**.

⁵ A legitimação do Ministério Público para a tutela de interesses difusos não é universal: enquanto na Alemanha e na Itália, sua atuação se restringe predominantemente à esfera criminal, a Espanha, por força de sua Constituição (artigo 124.12) e do Estatuto Orgánico del Ministerio, bem como Portugal, por sua Lei n.º 41/2013 (Código de Processo Civil Português – artigo 31) atribui ao Ministério Público (Ministério Fiscal) a defesa do interesse público de toda a sociedade indistintamente (Vide ALMEIDA, Luiz Cláudio Moura de. Disponibilidade de interesses no inquérito civil. *Revista CEJ*, Brasília, ano XXIII, n. 78, p. 86-94, jul./dez. 2019).

⁶ Cediço que a autodefesa e a autotutela como meio de resolução de conflitos só são permitidas em raríssimas exceções: em legítima defesa ou em estado de necessidade (art. 188 do Código Civil Brasileiro -CCB), de autodefesa possessória (art. 1.210, §1º do CCB), de autodefesa nas obrigações de fazer e não fazer especificamente (art. 249 § único e 251 do CCB), do direito de retenção na relação de locação (art. 578 CCB), do depósito (art. 644 do CCB), do mandato (art. 681 do CCB) e da comissão (art. 708 do CCB), dentre outros.

⁷ Em verdade, o compromisso de ajustamento de conduta foi introduzido no direito brasileiro pelo Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069/1990), por seu artigo 211. Somente depois, com o advento do Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/1990), foi acrescido o § 6º ao art. 5º lei 7.347/1985.

⁸ A Portaria nº 1920/2012, do Ministério da Justiça, criou a Escola Nacional de Mediação e Conciliação, que editou o Manual de Negociação e Mediação para Membros do Ministério Público. O Conselho Nacional do Ministério Público, por meio da Resolução nº 118/2014 e da Recomendação n.º 54/2017, instituiu, respectivamente, a Política de Incentivo à Autocomposição no âmbito do Ministério Público e a Política Nacional de fomento à Atuação Resolutiva, além de criar o Núcleo de Solução Alternativa de Conflitos do colegiado. No Rio de Janeiro, editou-se a Resolução GPGJ nº 1.761/2012, sobre a criação do Grupo de Mediação e Resolução de Conflitos, posteriormente revogada pela Resolução GPGJ n.º 2106/2017, mais ampla e que tratou também de novos métodos autocompositivos. Em Minas Geras, cuidou-se da mediação sanitária na Resolução MPMG PGJ 78/2012. Em 2016, na I Jornada “Prevenção e Solução Extrajudicial de Litígios” do Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal, lavrados Enunciados nºs 42 e 43 a respeito do Promotor-Mediador, consolidando-se a atuação ministerial nesta seara.

⁹ MAZZILLI, Hugo Nigro. *Regime Jurídico do Ministério Público*. 7 ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 198.

Marques Neto¹⁰ sustenta a ampliação do conceito de “regulação estatal”, amplo e compreensivo das diversas modalidades de intervenção estatal em face (no e sobre) do domínio econômico. Se a regulação estatal antes se manifestava ou pela atividade normativa (regulamentação de uma série de atividades econômicas) ou pela intervenção direta no domínio econômico (com a assunção pelo Estado, diretamente ou por ente seu, da exploração de atividade econômica, em regime público ou não, sem ou – preferencialmente – com a assunção monopolística), atualmente, fruto da reestruturação do papel do Estado nas suas relações com a sociedade, há um novo padrão de atuação regulatória onde se dão a articulação de interesses e ao estabelecimento de pautas regulatórias negociadas com os diversos interesses envolvidos numa atividade (operadores, usuários efetivos e usuários potenciais) – a regulação reflexiva, na qual o Estado deixa de ser um adjudicador de direitos e passa a ser um mediador de interesses, sem perder a função de tutor das hipossuficiências sociais. Mais que um mero garantidor de pré-condições normativas e menos que um produtor de utilidades públicas, o Estado hodierno assume um papel de “mediador ativo” de interesses.

Alencar¹¹ aduz que a atividade de regulação impõe conferir ao regulador independência, autonomia, especialidade e capacitação técnica – do que é provido o Ministério Público e o legitimam como órgão apropriado para exercer essa função regulatória. Ademais, a autorregulação do *Parquet* e seu amplo arsenal de possibilidades de interferência em seu foco de atuação permitem chamá-lo agora de órgão público regulador, como uma agência *sui generis*.

Sintomático o poder-dever regulatório de velamento de fundações confiado às Provedorias do Ministério Público, enquanto defensor da cidadania *lato sensu*¹²), na forma dos artigos 62 e seguintes do Código Civil em sua forma combinada com os artigos 764 e 765 do Código de Processo Civil (artigos 764 e 765).¹³⁻¹⁴ As fundações, como, de resto, outras

¹⁰ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. A nova regulamentação dos serviços públicos. *Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico*, n.1, 2005.

¹¹ ALENCAR, Paulo Wunder de. Autorregulação do Ministério Público. *Revista do Ministério Público do Rio de Janeiro*, Rio de Janeiro, n.58, p. 179-194, out./dez. 2015.

¹² A acepção ampla de cidadania vai além da seara eleitoral. Cabe ao *Parquet* não apenas sua defesa no estrito senso eleitoral, mas também em sua mais larga significação cívica, segundo Mazzilli (op. cit., p. 198). O velamento fundacional, de natureza eminentemente regulatória, é direcionado primordialmente ao desenvolvimento e ao crescimento do setor terciário, enquanto propulsor da efetividade de direitos da pessoa humana, segundo Luiz Fabião Guasque (GUASQUE, Luiz Fabião. O Estado liberal, as fundações e associações civis instituídas por particulares e o papel do Ministério Público. *Revista do Ministério Público no Estado do Rio de Janeiro*, Rio de Janeiro, v. 10, p. 132-134, 1999).

¹³ O que é reverberado difusamente na legislação, como, por exemplo, na Lei nº 13.151/2015, na Lei nº 8.958/1994 e na Lei nº 12.101/2009.

¹⁴ Em âmbito estadual, a Lei Complementar n.º 106/2003 (Lei Orgânica do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro) atribuiu ao Procurador-Geral de Justiça o múnus de disciplinar a matéria, por meio de resolução. Neste contexto, foram expedidas as Resoluções GPGJ nº 68 de 20 de novembro de 1967 e nº 1887 de 26 de dezembro de 2013 que estruturaram o Sistema de Velamento de Fundações. E nestas aflora a atividade executiva e regulatória do MP com a declaração de invalidade de atos fundacionais ou a nomeação de administrador provisório (ainda que por até um ano), sem necessidade de pleito judicial.

instituições que, embora privadas, perseguem fins de interesse público, têm estado sempre sujeitas à ação fiscalizadora e tutelar do Estado, atribuição essa denominada provedoria. Sérgio de Andréa Ferreira assim aduz:¹⁵

O provedor é o que provê, porque prevê; o é o que dispõe, o que regula, o que ordena, o que providencia, o que verifica, examina, fiscaliza, inspeciona, corrigindo o que não está conforme às normas pertinentes. [...] (grifo nosso).

Admitir a função regulatória reflexiva ao Ministério Público não lhe exime de desafios. Deferência judicial tampouco deve ser uma cortesia interinstitucional, mas sim consequência natural de atuação especializada.¹⁶

3. Ebulições normativa e metodológica da resolução de conflitos

Em paralelo a esta reconfiguração do *Parquet*, o estímulo à consensualidade, com evolução da ciência de resolução de conflitos, passou a ser um novo mote em nosso ordenamento, sendo a Lei Nacional de Mediação e o Novo Código de Processo Civil emblemáticos desta nova realidade por inúmeras outras iniciativas, em clara compreensão de que mesmo a indisponibilidade do interesse público não se confundiria com a disponibilidade de meios para atingi-lo, sendo imprópria a invocação do princípio da indisponibilidade do interesse público como óbice à sua utilização por entes públicos.¹⁷

Desde o visionário termo de compromisso pela Comissão de Valores Mobiliários (art. 11 §5º da Lei nº 6.385/76)¹⁸, posteriormente remodelado pelo art. 14 da lei nº 13.506/2017, a consensualidade também foi ampliada, por exemplo, por meio do acordo de leniência (art. 86 da Lei nº 12.529/2011; art. 16 e 17 da Lei nº 12.846/2013), do compromisso de cessação (art. 85 da Lei nº 12.529/2011), dos acordos administrativos em processo de supervisão condu-

¹⁵ FERREIRA, Sérgio de Andréa. A intervenção do Ministério Público nas fundações. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 127, p. 615-622, jan./mar. 1977.

¹⁶ Ainda que tangencialmente, releva pontuar que falece lastro empírico à atuação ministerial, o que se irradia, por certo, à sua atividade negocial coletiva. A empíria é salutar e impositiva, como bem afirmam Bárbara Lupetti Baptista e Klever Paulo Leal Filpo (BAPTISTA, Bárbara Lupetti; FILPO, Klever Paulo Leal. Solução consensual de conflitos no código de processo civil brasileiro: Entre as esperanças do legislador e as possibilidades da empíria. *Confluências - Revista Interdisciplinar de Sociologia e Direito*, Niterói, v. 19, n. 3, p. 90-101, 2017). Ao menos até a presente data, não há dados estatísticos institucionais seguros sobre elementos negociais objetivamente aquilutados – lacuna esta que há, pois, de ser colmatada. Cobra-se haja a incorporação das rotinas de trabalho de um modelo de agência, com colheita de dados técnicos, análise sólida de dados e uso de jurimetria (MORAES, Alexandre Rocha Almeida de; DEMERCIAN, Pedro Henrique. Um novo modelo de atuação criminal para o Ministério Público brasileiro: Agências e laboratório de jurimetria. *Revista Jurídica ESMP-SP*, São Paulo, v.11, p. 14-40, 2017).

¹⁷ RODRIGUES, Marco Antonio dos Santos; ALVAREZ, Pedro de Moraes Perri. Arbitragem e a Fazenda Pública. *Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP*, Rio de Janeiro, p. 388-410, v. XIV, 2014.

¹⁸ Poder-se-ia retroagir ainda mais no tempo. Bastaria lembrar do longo instituto da desapropriação amigável previsto pelo Decreto-Lei nº 3.365, de 21 de junho de 1941, cujo artigo 10 previa expressamente que poderia efetivar-se mediante acordo.

zidos pelo Banco Central do Brasil (art. 30 da Lei nº 13.506/2017) e o compromisso do art. 26 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, inserido pela Lei nº 13.655/2018.

Em paralelo, diversos diplomas legais remetem à arbitragem para conflitos da Administração Pública. A título exemplificativo, afora evidentemente a Lei nº 9.307/96 (Lei Nacional de Arbitragem), tenham-se a Lei nº 9.472/97 (Lei Geral de Telecomunicações), art. 93, XV; Lei nº 9.478/97 (Lei de Petróleo), art. 43, X; Lei nº 11.079/04 (Lei das Parcerias Público-Privadas), art. 11, III; Lei nº 8.987/95 (Lei de Concessões), art. 23-A; Lei nº 10.848/04 (Lei sobre a Comercialização de Energia Elétrica), art. 4º, §§ 5º, 6º e 7º; Lei nº 4.418/02 (Estatuto do BNDES), art. 9º, I.

Tal movimento conciliatório foi acompanhado por diversas unidades da Federação. No Rio de Janeiro, destacam-se, por exemplo, o Decreto Estadual nº 42.625/2018 (de Arbitragem na Administração Pública) e a Lei Estadual nº 5427/2009 (sobre ajustes em procedimentos administrativos – com repercussão na atividade de velamento fundacional pelo *Parquet*).

E assim não se deu apenas na *terrae brasilis*. Diversos ordenamentos jurídicos alienígenas também migraram de adversariais a dialógicos. Nos Estados Unidos, há o *Uniform Mediation Act*. Por seu turno, a Diretiva nº 52, de 21 de maio de 2008, emitida pelo Conselho da União Européia. Em decorrência de tal Diretiva, foi editada na Itália a Lei nº 69, de 18 de junho de 2009, posteriormente regulamentada pelo Decreto Legislativo nº 28, de 4 de março de 2010. No Canadá, foram editados extensos regulamentos acerca da matéria, como o *Investment Canada Act*¹⁹ e *Rules of Civil Procedure*,²⁰ com o instituto do *Offer to Settle*. Na Província de British Columbia, vigoram o *Law and Equity Act – Notice to Mediate (Family) Regulation*²¹ e *Small Claims Rules*.²² No Reino Unido, o *Code of Procedural Rules* prevê, em 36.21 (1) igual incentivo.²³

Em termos metodológicos, ocorre vertiginosa revolução negocial²⁴ coletiva em um meio cada vez mais virtual e com necessidade de tratamento de “Big Data”²⁵ – onde não se permite

¹⁹ CANADA. *Investment Canada Act*.

²⁰ De acordo com seu *Rules of Civil Procedure*, autor ou réu estão autorizados a fazer propostas *without prejudice* (v.g., que não podem influenciar o julgamento pelo magistrado) que fixam em prol do ofertante o limite abaixo do qual se lhe isentam isentas custas e honorários. Noutras palavras, caso o resultado do processo não supere a proposta, o proponente ganha tais vantagens fiscais. Tenha-se, neste mesmo sentido, o *Offer to Settle* previsto na Rule 10.1 do *Small Claims Rules* de British Columbia.

²¹ BRITISH COLUMBIA. *Law and Equity Act – Notice to Mediate (Family) Regulation* [RSBC 1996] Chapter 253.

²² BRITISH COLUMBIA. *Small Claims Rules*, 2012.

²³ REINO UNIDO. *Code of Procedural Rules*, 1998.

²⁴ “Negociação” em sentido amplo; incluída, pois, a negociação assistida qualificada (a mediação), esposada aqui a concepção *latu sensu* de William Ury e Roger Fisher (URY, William; FISHER, Roger. *Getting to yes: negotiating agreement without giving in*. 2 ed. New York: Penguin Books, 1992). Neste sentido, no ordenamento norte-americano, o *Uniform Mediation Act*, que dispõe em seu item (1): “Mediation means a process in which a mediator facilitates communication and negotiation between parties to assist them in reaching a voluntary agreement regarding their dispute”.

²⁵ Diante da complexidade que denomina “ciclo de engajamento” na mídia social, fica clarividente a necessidade de haver um sistema próprio, adequado, predisposto e igualmente complexo para tratamento da informação,

às instituições o simplório “opt-out”, em realidades impostas.²⁶ Sob tais luzes, ao se olhar para o cenário jurídico-processual, frente a demandas processuais coletivas *lato sensu*, não bastará ao operador do direito adotar adequado veículo de diálogo em massa.

Haverá de ir além, devendo lançar mão, de igual forma, de instrumento de análise quantitativo-qualitativa da informação complexa, sem o que estará diante da absurda alternativa de se perder tal inestimável dado ou de se quedar paralisado em assombro diante do que não consegue compreender. Colher dados em massa e extrair significado e sentido destes são tarefas que andam de mãos entrelaçadas.²⁷ A resolução de conflito reclama seu reconhecimento como ciência e não só como arte.²⁸

Já há muito antecipava Alvin Toffler,²⁹ o colapso dos instrumentos clássicos para construção de consenso e a implosão do sistema decisório tradicional, com sua escala inadequada, incapaz de lidar adequadamente com problemas transdisciplinares, inepto a acompanhar a velocidade crescente da realidade, inábil a lidar com altos níveis de tecnologias diversificadas, com forma obsoleta da era industrial e vácuo de liderança.

Migra-se do modelo único da audiência pública a novos meios dialógicos em massa, destacados dentre estes *Consensus Building Approach*, *Open Space Technology*, *World Café*, *Deliberative Polling*, *21st Century City Hall Meeting*, além de processos circulares (com *Gacaca Courts*), narrativos, constelares e transformativos, em suas formas multitudinárias.³⁰

constante, flutuante e contínua, que passa por tal meio digital. E tudo sem mencionar a constante ebulição de tecnologias, tais como o *Open Data*, que sonham em mudar o modo como cidadãos e governos interagem em relação a problemas que conjuntamente se prestam a enfrentar (LYONS, Susanna Haas. *Social Media and Civic Engagement*. Vancouver, Canadá: Simon-Fraser University, 2012).

²⁶ E não há, para o Direito e a Justiça, a opção estratégica de contrafluxo comportamental. Se uma instituição resiste à mudança, pode rapidamente colocar-se em uma rota de declínio daqueles que falharam em entender o novo modelo de seu negócio, ainda que com uma menor fatia do mercado – ainda maior do que fatia alguma (QUALMAN, Erik. *Socialnomics – How Social Media transforms the way we live and do business*. 2nd ed. New Jersey, USA: John Wiley & Sons Inc., 2013. p. 158).

²⁷ A avaliação de impacto regulatório (AIR) surge como um novo paradigma para o processo e o método de motivação e controle de escolhas com o uso de autoridade, consoante Ribeiro (RIBEIRO, Daniel Lima. *Adaptive regulatory impact assessment: Beyond the foresight-hindsight divide*. *ResearchGate*, set. 2019).

²⁸ DANESH, Roshan. *Integrating conflict theory and practice*. New Westminster: Justice Institute of British Columbia, 2012.

²⁹ Vale a transcrição: “Our so-called contemporary political systems are copied from models invented before the advent of the factory system – before canned food, refrigeration, gaslight, or photography, before the Bessemer furnace or the introduction of the typewriter, before the invention of the telephone, before Orville and Wilbur Wright took wing, before the automobile and the airplane shrunk distance, before radio and television began their alchemy on our minds, before Auschwitz industrialized deaths, before nerve gas and nuclear missiles, before computers, copying machines, birth control pills, transistors, and lasers. They were designed in an intellectual world that is almost unimaginable – a world that was pre-Marx, pre-Darwin, pre-Freud and pre-Einstein.” (TOFFLER, Alvin. *Future Shock – The third wave*. New York: Bantam Books, 1980. p. 411-415).

³⁰ Para maior detalhamento de novos métodos de resolução de conflito em massa, vide José Marinho Paulo Junior (PAULO JUNIOR, José Marinho. Métodos modernos de resolução de conflito em massa. *Revista do Ministério Público no Estado do Rio de Janeiro*, Rio de Janeiro, v. 52, 2015). Sobre *Gacaca Courts*, experiência única de Rwanda, onde se deu aplicação de processo circular restaurativo a incidentes com violência, consulte-se Leslie Haskell (HASKELL, Leslie. The Legacy of Rwanda’s Community-Based Gacaca Courts. *Human Rights Watch*, 30 maio 2011).

Portanto, o presente estudo se encontra no “novo da concomitância”.³¹ As mudanças devem ocorrer a partir do paradigma e do contexto social vivenciados. Nesta medida, a contemporaneidade do sistema *sub oculis* não significa a ruptura total com paradigmas anteriores, com superação ou sucessividade, mas sim a própria transição.³²

Neste sentido, Mauro Cappelletti e Bryant Garth³³ complementam que o direito e os remédios legais devem refletir as necessidades, problemas e aspirações atuais da sociedade civil, identificando, dentre essas necessidades, as de desenvolver alternativas aos métodos tradicionais, sempre que sejam demasiado caros, lentos e inacessíveis ao povo, exsurto o dever de encontrar alternativas capazes de melhor atender as urgentes demandas de um tempo de transformações sociais em ritmo de velocidade sem precedente.

Modelos contemporâneos são, pois, instáveis, incompletos (porquanto em construção e reconstrução contínuas), com incongruências algo dialéticas entre novos e antigos paradigmas. Não surpreende, pois, que, no cenário contemporâneo, em seu estado da arte, alguns vejam na resolução alternativa de conflitos como alvissareiro porvir, enquanto nesta vejam nada além de que seu próprio fim.³⁴

4. Ressignificação de jurisdição

A latere e sob tal enfoque, também é preciso compreender a resignificação de “jurisdição” desde o conhecido embate científico entre as concepções carneluttiana (de justa composição da lide) e chiovendiana (de concretização da vontade da lei), perpassando pela modernidade com Estado Social e as ondas reformadoras de Cappelletti,³⁵ até a contemporaneidade.

Castanheira Neves,³⁶ ao reconhecer que os modelos atuais de justiça e jurisdição entra-

³¹ MARTINS, Rui Cunha. *O ponto cego do Direito: The brazilian lessons*. 2 ed. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2011.

³² PINHO, Humberto Dalla Bernardina de; DUARTE, Marcia Michelle Garcia. Interdisciplinariedade, complexidade e pós-modernidade: Premissas fundamentais para a compreensão do processo civil contemporâneo. *RJLB*, n. 4, ano 4, p. 955-999, 2018.

³³ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Access to Justice: The worldwide movement to make rights effective - a General report*. Access to Justice: A World Survey. Milan: Dott. A. Giuffrè Editore, 1978.

³⁴ Alerta Peter Adler: “The End is Coming! Brothers and sisters, mediators and facilitators, consensus-builders and collaboration gurus: let us gather down by the river. We have much to discuss, not the least of which is that the end of mediation is upon us. In the words of William Butler Yeats, ‘Things fall apart; the centre cannot hold.’” (ADLER, Peter. The end of mediation: An unhurried ramble on why the field will fail and mediators will thrive over the next two decades!. *Mediate*, abr. 2009).

³⁵ CAPPELLETTI, Mauro. *Processo, ideologias e sociedade*. Tradução Elício de Cresci Sobrinho. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2008.

³⁶ NEVES, Castanheira. Entre o legislador, a sociedade e o juiz ou entre sistema, função e problema: os modelos actualmente alternativos da realização jurisdicional do Direito. *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, Coimbra, v. LXXIV, p. 2, 1998.

ram em crise³⁷⁻³⁸⁻³⁹, contrapunha que disto não se extraía o negativo circunstancial, tampouco o lamento da quebra anômica, mas sim e sobretudo a consumação histórico-cultural da perda contextual do sentido das referências até então regulativas. O paradigma antigo tomba por terra sem sentido, sendo necessário algo novo e ressignificado. Pinho⁴⁰ adita que atualmente não mais se admite jurisdição que não garanta, de forma contundente, acesso à justiça.

Nesta esteira, Uzelac⁴¹ identifica como os principais elementos teleológicos da jurisdição contemporânea a resolução de conflitos pelo sistema de Cortes estatais e a implementação de políticas, objetivos e funções públicas. Em arremate, Costa⁴² entrevê que pode ser classificada a jurisdição contemporânea com uma nova jurisdição compartilhada, adaptada à realidade de uma sociedade contemporânea, que busca uma jurisdição participativa, democrática e emancipatória.⁴³

A redação dada pelo Legislador ao artigo 3º da Lei n.º 13.105, de 16 de março de 2015, no sentido de que não se excluirá da apreciação jurisdicional ameaça ou lesão a direito, exceção, de forma sutil e sem se contrapor,⁴⁴ o disposto pelo inciso XXXV do artigo 5º de que a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.

Divisam-se, pois, entre si as apreciações jurisdicional e judiciária, construindo-se, nesta oportuna interface entre o direito e a ciência de resolução do conflito, o novo conceito de “jurisconstrução”.

³⁷ A noção de crise para Edgar Morin, “acontece numa teoria científica ou no meio científico, a partir do momento em que a teoria em vez de integrar os dados, não pode mais fazê-lo e quando as anomalias se multiplicam tanto que, decididamente, questionam a teoria.” (MORIN, Edgar. *Os sete saberes necessários à educação do futuro*. São Paulo: Cortez, 2000. p. 7). Neste sentido, o sistema jurídico atual estaria em crise (estrutural, funcional e institucional), com questionamento incessante de suas anomalias.

³⁸ Conquanto reconhecendo como imprescindível o Poder Judiciário, aduzem Spengler et al que a crise deste Poder pode ser identificada como de identidade e de eficiência, com embaçamento do papel judicial como mediador central de conflitos, inapto a lidar com a complexidade conflitiva atual, em termos de tempo e espaço. (SPENGLER, Fabiana Marion; SPENGLER NETO, Theobaldo. O acesso à justiça como “direito humano básico” e a crise da jurisdição no Brasil. *Scientia Iuris*, Londrina, v. 15, n.2, p. 66, dez. 2011).

³⁹ Vale a voz de Greco, no sentido de que, se o Estado e a Justiça estão em crise, consequentemente também está o Processo, como instrumento de solução de conflitos e de administração estatal de interesses privados (GRECO, Leonardo. *Processo de execução*. v. 1. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p. 3).

⁴⁰ PINHO, op. cit., p. 990.

⁴¹ UZELAC, Alan (Ed.). *Goals of civil justice and civil procedure in contemporary judicial systems - Part I: General Synthesis*. New York: Springer International Publishing, 2014 (IUS Gentium, v. 34, n.3).

⁴² COSTA, Thaise Nara Graziottin. *A jurisdição compartilhada como pressuposto à mediação judicial de conflitos*. 2017. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Estácio de Sá, na linha de Pesquisa Acesso à Justiça e Efetividade do Processo. Rio de Janeiro, 2017. p. 322.

⁴³ Afirma Costa que a jurisdição da contemporaneidade é revestida de cenários plurais, polifônicos e heterogêneos, que não mais atende ao dissenso tradicional dos processos judiciais intermináveis de cunho adversarial (COSTA, op. cit., p. 228).

⁴⁴ Não há inconstitucionalidade da norma legal, na medida em que a última não obsta o acesso ao Judiciário, mas apenas antepõe alternativa de prestação jurisdicional, permitindo - sempre - a busca daquele não mais como primeira opção, porque única, mas sim como escolha subsidiária qualificada.

Não se trata, por óbvio, de descartar a utilidade e a salvaguarda sistemática de o Poder Judiciário,⁴⁵ enquanto instância subsidiária de acesso à Justiça. Não se lhe retira, pois, o valor de seu papel, antes o reafirma, com reposicionamento estratégico. Compartilhar a jurisdição em um cenário de multiplicação exponencial de demandas permite-lhe, ao mesmo tempo, otimizar seus recursos para ainda melhor servir.

Compartilhamento é corolário lógico do princípio participativo. Nesta direção, Cintra, Dinamarco e Grinover,⁴⁶ ao sintetizarem o significado de “acesso à ordem jurídica justa”, elegem como um dos quatro pontos primordiais à efetividade de uma participação em diálogo. É, de algum modo, a mesma lição de Calamandrei, que atesta argutamente: “O segredo da justiça está em sua humanidade sempre maior e em uma proximidade humana sempre maior entre advogados e juízes, na luta comum contra a dor.”⁴⁷

De acordo com Gewurz,⁴⁸ que concebeu o conceito de *Multi-Door Court House*, a variedade de meios de processamento de conflito, ainda quando nenhum destes seja infalível, reduz o grau de falibilidade do sistema de resolução de conflito. O todo (falível) fica mais rico e menos falível por contar com cada uma de suas variadas partes.

Entreve-se, assim, o compartilhamento jurisdicional em conjunto com o Poder Judiciário. De forma concomitante (em âmbito processual) ou mesmo subsidiária e, portanto, algo autônoma e momentaneamente em separado deste.

A subsidiariedade não é inusitada, não causa estranheza e não infirma a importância e a utilidade da jurisdição compartilhada com órgãos que não os integrantes do Poder Judiciário. Antes a complementa e qualifica. Mesmo no âmbito da jurisdição em seu sentido clássico, vale dizer, sob monopólio do Estado e confiada exclusivamente ao Poder Judiciário, encapsulando neste último a própria Justiça, por exemplo, só seriam admitidas ações relativas à disciplina e às competições desportivas após esgotadas as instâncias da justiça desportiva (artigo 217, § 1º da Constituição de 1988).

Neste sentido, ressignificada “jurisdição”, Watanabe⁴⁹ acrescenta que a problemática de acesso à justiça não pode mais ser estudada nos acanhados limites do acesso aos órgãos

⁴⁵ Spengler et al respondem negativamente à pergunta por eles mesmos posta sobre se o Poder Judiciário seria descartável, afirmando, contudo, que a subsistência de sua ainda utilidade dependeria de sua permeabilidade a meios alternativos de solução de conflitos, repartindo funções outrora sob seu monopólio com outros atores dotados de novos instrumentais (SPENGLER, op. cit., p. 66).

⁴⁶ CINTRA, Antônio Carlos; DINAMARCO, Cândido Rangel; GRINOVER, Ada Pellegrini. *Teoria geral do processo*. 9 ed. São Paulo: Malheiros, 1992.

⁴⁷ Apud Barile (Introdução. In: CALAMANDREI, Piero. *Eles, os juízes, vistos por um advogado*. Tradução Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 1995, p. 18).

⁴⁸ GEWURZ, Ilan. *Re-designing mediation to address the nuances of power imbalance*. Michigan, US: Ross School of Business, 2012.

⁴⁹ WATANABE, Kazuo. Acesso à justiça e sociedade moderna. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido R.; WATANABE, Kazuo (Coord.). *Participação e processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988. p. 128.

jurisdicionais já existentes – o que impõe revisitar o incongruente modelo nacional de “justiça administrativa”.⁵⁰

Ante a plurivocidade de tal expressão e eventual equivocidade com terminologias afins (“contencioso administrativo” e “jurisdição administrativa”), adotam-se aqui as definições esposadas por Perlingeiro⁵¹: “contencioso administrativo” se relaciona com as reclamações ou impugnações de um interessado contra comportamentos de uma autoridade administrativa; “jurisdição administrativa” está a designar a prestação jurisdicional destinada à solução de um contencioso administrativo, e “justiça administrativa” se refere aos órgãos estatais responsáveis por essa atuação jurisdicional.

Perlingeiro⁵² bem destaca a falta de identidade do modelo brasileiro de justiça administrativa, com descompasso evidente entre seus traços normativos norte-americanos e a cultura de direito administrativo arraigada às matrizes francesa e alemã. Se, desde 1891, com o advento da República, instalara-se sistema judicial único (para as jurisdições comum e administrativa), elevou-se com a Constituição de 1988 o devido processo legal administrativo (extrajudicial) à categoria de direito fundamental, enquanto condição prévia a decisões administrativas restritivas de direitos, mantidos, de uma forma geral, a Administração sem prerrogativas essenciais à função *quasi* jurisdicional⁵³ e o Judiciário com especializações esparsas.⁵⁴

No modelo norte-americano, em que a Justiça não especializada convive com instâncias administrativas decisórias com alta especialização, dotadas de devidas prerrogativas e de respeitabilidade institucional, é mesmo orgânica a deferência judicial.

Em *Chevron U.S.A. Inc. v. NRDC*, a Suprema Corte americana cunhou histórica fórmula de autorrestrrição judicial para os casos de controle de interpretações por autoridades administrativas. Em uma abordagem analítica, em um primeiro passo, deve ser há disposição legislativa clara sobre o assunto; no segundo passo, em caso de ambiguidade ou lacuna, se a razoabilidade da linha interpretativa adotada pela Administração, enfatizada a natureza política de suas decisões. Adrede, é mesmo aceitável mudança de entendimento adminis-

⁵⁰ Como é cediço, a jurisdição voluntária é também denominada de graciosa ou administrativa: “graciosa” porque tal jurisdição na espécie seria como um favor do Estado, um benefício que goza o interessado; “administrativa”, porque a jurisdição, de que se trata, nada mais é do que administração de interesses privados pelos órgãos jurisdicionais. Evidencia-se que não é desta, portanto, que se trata aqui.

⁵¹ PERLINGEIRO, Ricardo. Desafios contemporâneos da justiça administrativa na América Latina. *Revista de Investigações Constitucionais*, Curitiba, v. 4, n. 1, p. 167-205, jan./abr. 2017.

⁵² PERLINGEIRO, Ricardo. Uma perspectiva histórica da jurisdição administrativa na América Latina: tradição europeia-continental versus influência norte-americana. *Revista de Investigações Constitucionais*, Curitiba, v. 2, n. 1, p. 89-136, jan./abr. 2015a.

⁵³ Perlingeiro adjetiva, pois, como enigmática a necessidade de intervenção judicial para execução de decisão administrativa de natureza tributária (idem, 2015a).

⁵⁴ Ainda Perlingeiro aponta como exemplos a Justiça Federal (competente para julgar causas de interesse da União), os Juízos Estaduais de Fazenda Pública e de Dívida Ativa, e as salas especializadas em direito público do Superior Tribunal de Justiça (idem, 2015a).

trativo, desde que fornecida explicação adequadamente fundamentada e não ocorra durante um litígio judicial.

A Doutrina *Chevron* foi o teste binário posto à prova no caso *Mead* (United States v. Mead Corporation, 533 US 213,232 - 2001), quando não se esclareceu adequadamente como resolver a identificação da intenção legislativa, quando tal emento volitivo haveria de ser extraído de uma Casa composta por 535 membros. Em casos tais, cunhou-se a deferência *Skidmore*: observa-se o entendimento das autoridades administrativas com experiência no assunto.⁵⁵ Entendeu ainda a *Supreme Court* estadunidense que a deferência *Chevron* não teria aplicabilidade em casos de interpretação de leis criminais (*Gutierrez-Brizuela v. Lynch*, 834 F.3d 1142, 1149-58 – 10 Cir, 2016).

Se é compreensível que o Brasil haja, em movimento dialético, adotado em 1891 o sistema único, contrapondo-se ao poder imperial e à sensação de imunidade administrativa, é passível de crítica ter ignorado a evolução do Conselho de Estado francês no final do século XIX (*justice déléguée*). Daí porque resta ao ordenamento pátrio ou bem reconciliar-se com o modelo europeu-continental, ou bem aproximar-se da evolução do modelo norte-americano, ou, em reforma, bem criar identidade própria.⁵⁶ Esta última opção é que aqui se defende.

5. Conclusões

Em confluência de todo o explanado acerca da trajetória constitucional do Ministério Público, da ampliação de resolução extrajudicial de conflitos com profundas inovações em engajamento público, da ressignificação de jurisdição (agora tida como compartilhada) e da necessidade de reforma da justiça administrativa, entreve-se como positiva a resposta à hipótese apresentada.

O Ministério Público brasileiro, como visto acima, é dotado de prerrogativas tidas como essenciais ao exercício da jurisdição,⁵⁷ bastante lembrar que simétricas à da própria magistratura. Em verdade, o sistema de remoções e promoções, em que o merecimento é usualmente interpretado em sentido negativo, isto é, como ausência de demérito, é qualitativamente superior ao adotado no próprio Poder Judiciário, na medida em que preferências pessoais ou políticas não representam ganho de ascensão ou mobilidade na carreira.

⁵⁵ BINICHESCKI, Paulo Roberto. A Doutrina Chevron: o ocaso anunciado? *Revista CEJ*, Brasília, ano XXI, n. 73, p. 29-39, set./dez. 2017.

⁵⁶ PERLINGEIRO, Ricardo. Uma perspectiva histórica da jurisdição administrativa na América Latina: tradição europeia-continental versus influência norte-americana. *Revista de Investigações Constitucionais*, Curitiba, v. 2, n. 1, p. 89-136, jan./abr. 2015a.

⁵⁷ Neste sentido, os artigos 6 a 12 do Código Modelo Euro-Americano de Jurisdição Administrativa (PERLINGEIRO, Ricardo; SOMMERMAN, Karl-Peter (Org.). *Euro-American model code of administrative jurisdiction*: English, French, German, Italian, Portuguese and Spanish Versions. Niterói: Editora da UFF, 2014. p. 90-100).

Em releitura do texto constitucional, bem se compreende que, ao passo que a advocacia é indispensável à administração da justiça (art. 133), o Ministério Público é essencial à função jurisdicional do Estado (art. 127) – donde deflui diferença angular de papéis desempenhados por cada qual. Neste sentido, enquanto a advocacia de mostra imprescindível à justiça, o *Parquet* faz parte inerente da jurisdição (o vocábulo “essência” remete a elemento, qualidade ou aspecto mais significante de algo ou alguém).

Adrede, em detrimento de jurisdição compartilhada extrajudicial, poder-se-ia arguir que, em se tratando de dever humano de o Estado prestar jurisdição, reconhecido em tratados internacionais,⁵⁸ este não poderia ser entregue a terceiros que não o Estado-juiz. A um, o dever humano de o Estado prestar jurisdição não significa que a via judicial deva ser a única. Ao Estado seria lícito, à luz da convencionalidade, garantir que haja prestação jurisdicional, ainda que por outra via estatal. A dois, tal dever não é violado se o Estado, em garantia dos direitos humanos que aquele pretende resguardar, amplia seu exercício por meios alternativos que, de todo modo, não excluam a apreciação pelo Poder Judiciário. A três e enfim, a estatalidade do Ministério Público atende substancialmente o dever humano de o Estado prestar jurisdição, na medida em que o *Parquet* integra o aparato estatal.

Warat⁵⁹ sugere que, na época contemporânea, direitos humanos estão atrelados à efetividade da jurisdição, sendo cogente sua abertura para ecocidadania e, por conseguinte, para a ecojurisdição – jurisdição do consenso e não do dissenso, afastando a competição desmedida dos tribunais e aproximando os indivíduos de pontos de vista que conduzam ao reaprendizado do mundo, de forma emancipatória.

Se o *Parquet* é dotado de prerrogativas (e de estatalidade) essenciais ao exercício de jurisdição, não lhe compete, de fato, prolatar sentenças – o que, nada obstante, não permite o sofisma de, por conta disto, afastar seu papel jurisdicional. Antes, como em seguida explanado, o torna ainda mais contundente.

Cerrados os olhos à fenomenologia da prolação de sentenças em processos nos quais a intervenção do Ministério Público se faz obrigatória ante a presença de interesse público relevante, observa-se claramente sua participação na elaboração ativa da decisão final: cabe ao agente ministerial, finda a instrução, ofertar parecer final de mérito ao juízo, que, com lastro neste, elaborará a sentença. Atos conjuntos, teleologicamente concatenados, para o exercício da jurisdição – que, ao contrário da do subscritor da sentença, não se exaure com sua prolação, subsistindo-lhe a função de interpor apelação, ainda em compartilhamento ativo da jurisdição, na medida em que o mesmo MP, uno e indivisível por força constitucional), também

⁵⁸ Vide Declaração Universal dos Direitos Humanos (art. 8º), Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem (artigo XVIII) e Convenção Europeia dos Direitos do Homem (art. 6º).

⁵⁹ WARAT, Luis Alberto. Eco-Cidadania e Direito: alguns aspectos da modernidade, sua decadência e transformação. *Sequências*, Florianópolis, n. 28, p. 96-110, jul. 1994.

participará da elaboração complexa do acórdão, com novo parecer recursal em segundo grau. Singular função jurisdicional que se elevará ainda mais, por meio de recursos extravagantes, até bater às portas das maiores cortes do país.

Capitant⁶⁰ ressalta mesmo que, no modelo francês, o fato de o “comissário do governo” (equivalente ao nosso órgão ministerial e igualmente dotado de prerrogativas de independência) não participar da votação colegiada acerca da decisão final não significa, de modo algum, que não participe da função jurisdicional: antes, é compreendida como garantia de independência da própria jurisdição, onde, após publicamente expor seu entendimento, na forma do artigo 17 do Código de Justiça Administrativa, de 04 de março de 2000, delibera reservadamente o colegiado sem posterior exposição de divergências internas, conforme tradição jurisdicional francesa. Daí sugestões de que “comissário do governo” seja renomeado “comissário da lei” ou “contrarrelator”, este último indicando o exercício da jurisdição.

Divisando, aliás, o papel do comissário de governo daquele desempenhado por especialistas auxiliares do juízo, a Corte de Justiça das Comunidades Europeias, em 04 de fevereiro de 2000, Emesa Sugar, C-17-98, considerou expressamente que:

15. O advogado-geral participa, assim, publicamente e pessoalmente, do processo de elaboração da decisão da Corte e, dessa forma, do cumprimento da função jurisdicionalmente confiada a esta. As conclusões são, aliás, publicadas como decisão da Corte

Aliás, sequer se pode ter como inusitado o compartilhamento de jurisdição, bastando voltar os olhos ao instituto do reexame necessário, na forma do artigo 496 do Novo Código de Processo Civil, quando sentenças de juízos de primeiro grau sujeitas ao duplo grau de jurisdição, não produzindo efeito senão depois de confirmada pelo juízo *ad quem*, tal como se fosse aquele um ato complexo e preparatório deste.

Na mesma direção aponta o voto vencido⁶¹ prolatado por magistrado integrante de órgão colegiado, não se lhe podendo subtrair sua qualidade jurisdicional (na mesma medida, aliás, de uma sentença reformada). Ou a sentença alvo de suspensão pela Presidência do Tribunal respectivo, na forma do artigo 4º da Lei Federal n.º 8.437, de 30 de junho de 1992, à qual tampouco se nega tal epíteto.

Noutro bordo, é de todo equivocada a conclusão de que, por não prolatar sentenças ou acórdãos, não teria o *Parquet* poder decisório algum. No campo negocial, bem ao contrário, é amplíssimo o espectro em que recai nos ombros do agente ministerial o poder-dever de

⁶⁰ CAPITANT, David. O Ministério Público diante das jurisdições administrativas na França. *Revista CEJ*, Brasília, n. 34, p. 56-61, jul./set. 2006.

⁶¹ Diverge-se, pois, do entendimento clássico de que tal ato seja meramente preparatório à prestação jurisdicional pelos votos vencedores, na medida em que, como aqui exposto, a jurisdição é colaborativamente construída.

decidir, a começar pela significativa admissão ou não da própria alternativa consensual, não se tratando de direito subjetivo do investigado sequer a oferta de acordo algum.⁶² Bem mais, das inúmeras alternativas juridicamente admissíveis ao cumprimento de uma determinada obrigação, a eleição da opção constante do ajuste pressupõe decisão compartilhada entre os ajustantes por esta.

Adrede, não se sustenta que a decisão administrativa conciliatória pelo Ministério Público seja revestida de coisa julgada material, tendo-a mesmo como desimportante para se reconhecer naquela a natureza jurisdicional.

De um lado, tal qualificação só ganha sentido em âmbito processual – o que não é aqui, em regra,⁶³ o caso, em se tratando de negócios jurídicos extraprocessuais.

Ademais, o §3º do artigo 32 da Lei Nacional de Mediação não retira do acordo existência ou validade, mas apenas sua eficácia. E uma vez mais, agora sob o viés de se negar o epíteto de jurisdicional à títulos decisórios sem eficácia imediata, voltem-se os olhos ao instituto do reexame necessário, na forma do artigo 496 do Novo Código de Processo Civil, quando sentenças de juízos de primeiro grau sujeitas ao duplo grau de jurisdição, não produzindo efeito senão depois de confirmada pelo tribunal.

Lado outro, mesmo quando em ambiente judicializado, a atuação jurisdicional do *Parquet*, como dito, não envolve o singelo ato de assinatura de uma sentença ou de um acórdão. Antes, a antecede e a suplanta, atuando como *custos iuris* para sua elaboração de forma justa, elevando-se, em forma una e indivisível, até a derradeira decisão pela Suprema Corte do país. Ao compartilhar a jurisdição, seu papel se dá de forma complexa e conjunta com o(s) magistrado(s) ao lado de que atua, na mesma medida em que o voto vencido em decisão colegiada aprimora a entrega jurisdicional.

Não há, com isto, atuação endoprocessual pleonástica ou sobreposta entre magistratura e Ministério Público. Não se trata de fiscalizar o magistrado na aplicação correta da lei, o que só se justificaria em um ambiente de desconfiança aguda do Judiciário pelo Poder Legislativo. Ao revés, o produto final assinado pelo juiz, a sentença, começa a ser moldado com o parecer final ministerial, em jurisdição compartilhada, aprimorando qualitativamente a entrega jurisdicional. E assim também se dá nas instâncias seguintes.

⁶² Interessante precedente da seara penal – mas útil ao presente estudo – pode ser extraído do Habeas Corpus nº 2064200-84.2020.8.26.0000 junto ao Tribunal de Justiça de São Paulo, quando foi asseverado pelo Relator Xisto Rangel, em seu voto condutor, que “[...] deve-se partir da premissa de que o acordo de não persecução penal deve ser resultante da convergência de vontades (acusado e MP), não podendo se afirmar, indubitavelmente, que se trata de um direito subjetivo do acusado, até porque, se assim o fosse, haveria a possibilidade do juízo competente determinar a sua realização de ofício, o que retiraria a sua característica mais essencial, que é o consenso entre os sujeitos envolvidos.”

⁶³ Muito embora o termo de ajustamento de conduta possua eficácia executiva de título extrajudicial, ressalvam-se as hipóteses em que a prévia homologação judicial do acordo é legalmente imposta (como em casos de improbidade administrativa) ou consensualmente pactuada (por cláusula de suspensão de eficácia do acordo até trânsito em julgado de decisão judicial homologatória), a par da hipótese de, por força de lei local, ser cogente a prévia ratificação do ajuste pelo Conselho Superior.

Por tudo isto perde aqui relevância a discussão sobre se a coisa julgada a coisa julgada material ou formal é apenas efeito da sentença ou uma qualidade do ato jurisdicional.

A jurisdição administrativa compartilhada pelo *Parquet* não exclui a apreciação pelo Poder Judiciário, que, todavia, lhe deve ser deferente. Nesse sentido, a interpretação da instituição que possui mais *expertise* sobre o tema é qualitativamente superior a outras e deve encontrar deferência por essas.⁶⁴

Argueles e Leal⁶⁵ aduzem que as capacidades institucionais se referem às habilidades e limitações de cada instituição para o exercício de suas funções em um cenário específico. À luz dos limites e capacidades do Poder Judiciário em si e em comparação com outras instituições em dinâmicas relacionadas ao exercício de suas funções, a decisão é construída.

Na seara negocial, a especialização da atividade negocial parquetiana decorre de sua rotineira e complexa função de controle na seara da tutela coletiva. Acordos cunhados pelo MP, submetidos à homologação judicial ou impugnados junto ao Poder Judiciário, merecem sim deferência judicial, em consonância com os parâmetros da Doutrina *Chevron*: em um primeiro passo, deve ser há disposição legislativa clara sobre o assunto, isto é, se o objeto do acordo é ou não negociável, sendo de lembrar aqui que podem coexistir direitos indisponíveis com direitos transacionáveis; no segundo passo, em caso de ambiguidade ou lacuna, se é razoável a linha interpretativa adotada pelo Ministério Público, enfatizada a natureza política⁶⁶⁻⁶⁷ de suas decisões.

Quando não identificada claramente a intenção legislativa, em deferência *Skidmore*, observa-se o entendimento ministerial escudada na experiência institucional consolidada no assunto, sob risco de, ao revés, substituir-se o juiz por perito despido de garantias adequadas.⁶⁸ Com efeito, adverte Perlingeiro,⁶⁹ a função do juiz não deve ser relegada à homologação de laudos cujo conteúdo técnico lhe seja inacessível a um controle efetivo, tornando-se refém de peritos e a estes, mesmo sem prerrogativa alguma, delegando, na prática, a jurisdição.

⁶⁴ VERMEULE, Adrian. *Judging under Uncertainty*. An institutional theory of legal interpretation. Cambridge: Harvard University Press, 2006.

⁶⁵ ARGUELHES, Diego Werneck; LEAL, Fernando. O argumento das “capacidades institucionais” entre a banalidade, a redundância e o absurdo. *Direito, Estado e Sociedade*, Rio de Janeiro, n. 38, p. 40, jan./jun. 2011.

⁶⁶ Não por outra seus membros são, sem estranheza, agentes políticos, segundo Mazzilli (MAZZILLI, op. cit., p. 92).

⁶⁷ O MP não é uma instituição apolítica. Ao revés, por meio de planejamento estratégico, constrói e adota na contemporaneidade, de forma vigorosa, políticas de segurança pública, de criminologia, de universalização da saúde, de combate à corrupção, dentre outros, elegendo em que áreas irá focar. *Exempli gratia*, consulte-se o plano do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro para o biênio 2020-2021 (MINISTÉRIO PÚBLICO/RJ. *Gestão digital MPRJ 2020-2021 - Planejamento estratégico*, Rio de Janeiro, [20--]).

⁶⁸ GRECO, Leonardo. *Instituições de processo civil*. v. 2. Rio de Janeiro: Forense Jurídica, 2010.

⁶⁹ PERLINGEIRO, Ricardo. Demandas judiciais sobre internação hospitalar e medicamentos e escassez de recursos públicos: A justiça faz bem à saúde? *Revista de Direito Administrativo Contemporâneo*, v. 17, p. 115-132, 2015b.

Neste passo, a coisa negociada pelo Ministério Público, enquanto agência reguladora reflexiva, merece deferência judicial, restrita sua revisão à verificação de juridicidade do ajuste e de voluntariedade, insujeitos, entretanto, seus termos negociados a reexame.

Ao fio de todo o exposto, face à hipótese problematizada, conclui-se que se confiou sim ao Ministério Público brasileiro, com seu atual perfil constitucional e como negociador coletivo, função jurisdicional ressignificada, desempenhada de forma compartilhada (e mesmo em apartado) e em caráter subsidiário à do Poder Judiciário, com atos seus, conquanto não revestidos do manto da coisa julgada, susceptíveis de revisão judicial deferente e de readequação consensual pelos próprios ajustantes.

Referências

- ADLER, Peter. The end of mediation: An unhurried ramble on why the field will fail and mediators will thrive over the next two decades! *Mediate*, abr. 2009. Disponível em: <<http://www.mediate.com/articles/adlerTheEnd.cfm>>. Acesso em: 14 abr. 2020.
- ALENCAR, Paulo Wunder de. Autorregulação do Ministério Público. *Revista do Ministério Público do Rio de Janeiro*, Rio de Janeiro, n.58, p. 179-194, out./dez. 2015.
- ALMEIDA, Luiz Cláudio Moura de. Disponibilidade de interesses no inquérito civil. *Revista CEJ*, Brasília, ano XXIII, n. 78, p. 86-94, jul./dez. 2019.
- ARGUELHES, Diego Werneck; LEAL, Fernando. O argumento das “capacidades institucionais” entre a banalidade, a redundância e o absurdo. *Direito, Estado e Sociedade*, Rio de Janeiro, n. 38, p. 6-50, jan./jun. 2011.
- BAPTISTA, Bárbara Lupetti; FILPO, Klever Paulo Leal. Solução consensual de conflitos no código de processo civil brasileiro: Entre as esperanças do legislador e as possibilidades da empiria. *Confluências – Revista Interdisciplinar de Sociologia e Direito*, Niterói, v. 19, n. 3, p. 90-103, 2017.
- BARILE, Paulo. Introdução. In: CALAMANDREI, Piero. *Eles, os juízes, vistos por um advogado*. Tradução Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 1995.
- BINICHESKI, Paulo Roberto. A Doutrina Chevron: o ocaso anunciado?. *Revista CEJ*, Brasília, ano XXI, n. 73, p. 29-39, set./dez. 2017.
- BRITISH COLUMBIA. *Law and Equity Act – Notice to Mediate (Family) Regulation* [RSBC 1996] Chapter 253. Disponível em: <<http://www.bclaws.ca>>. Acesso em: 30 abr. 2013.
- _____. *Small claims rules*, 2012. Disponível em: <<http://www.bclaws.ca>>. Acesso em: 30 abr. 2013.
- CALAMANDREI, Piero. *Eles, os juízes, vistos por um advogado*. Tradução Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 1995.
- CANADA. *Investment Canada Act*. Disponível em: <<http://www.ic.gc.ca/eic/site/ica-lic.nsf/eng/1k00064.html#MediationGuideline>>. Acesso em: 15 abr. 2020.
- CAPITANT, David. O Ministério Público diante das jurisdições administrativas na França. *Revista CEJ*, Brasília, n. 34, p. 56-61, jul./set. 2006.
- CAPPELLETTI, Mauro. *Processo, ideologias e sociedade*. Tradução Elício de Cresci So-brinho. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2008.
- _____; GARTH, Bryant. *Access to Justice: The worldwide movement to make rights effective – a General report*. Access to Justice: A World Survey. Milan: Dott. A. Giuffrè Editore, 1978.
- CINTRA, Antônio Carlos; DINAMARCO, Cândido Rangel; GRINOVER, Ada Pellegrini. *Teoria geral do processo*. 9.ed. São Paulo: Malheiros, 1992.

COSTA, Thaise Nara Graziottin. *A jurisdição compartilhada como pressuposto à mediação judicial de conflitos*. 2017. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Estácio de Sá, na linha de Pesquisa Acesso à Justiça e Efetividade do Processo. Rio de Janeiro, 2017.

DANESH, Roshan. *Integrating conflict theory and practice*. New Westminster: Justice Institute of British Columbia, 2012.

FERREIRA, Sérgio de Andréa. A intervenção do Ministério Público nas fundações. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 127, p. 615-622, jan./mar. 1977. Disponível em: <file:///C:/Users/Membro/Downloads/42195-86659-1-PB%20(2).pdf>. Acesso em: 17 maio 2020.

GEWURZ, Ilan. *Re-designing mediation to address the nuances of power imbalance*. Michigan, US: Ross School of Business, 2012.

GRECO, Leonardo. *Processo de execução*. v. 1. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

_____. *Instituições de processo civil*. v. 2. Rio de Janeiro: Forense Jurídica, 2010.

GUASQUE, Luiz Fabião. O Estado liberal, as fundações e associações civis instituídas por particulares e o papel do Ministério Público. *Revista do Ministério Público no Estado do Rio de Janeiro*, Rio de Janeiro, v. 10, p. 132-134, 1999.

GUSTIN, Miracy Barbosa de Sousa; DIAS, Maria Tereza Fonseca. *(Re)pensando a pesquisa jurídica: Teoria e prática*. Belo Horizonte/MG: Del Rey, 2006.

HASKELL, Leslie. The Legacy of Rwanda's Community-Based Gacaca Courts. *Human Rights Watch*, 30 maio 2011. Disponível em: <<https://www.hrw.org/report/2011/05/31/justice-compromised/legacy-rwandas-community-based-gacaca-courts>>. Acesso em: 22 abr. 2020.

LYONS, Susanna Haas. *Social Media and Civic Engagement*. Vancouver, Canadá: Simon-Fraser University, 2012.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. A nova regulamentação dos serviços públicos. *Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico*, n.1, 2005.

MARTINS, Rui Cunha. *O ponto cego do Direito: The brazilian lessons*. 2 ed. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2011.

MAZZILLI, Hugo Nigro. *Regime Jurídico do Ministério Público*. 7 ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

MINISTÉRIO PÚBLICO/RJ. *Gestão digital MPRJ 2020-2021 - Planejamento estratégico*, Rio de Janeiro, [20--]. Disponível em: <<http://www.mprj.mp.br/web/guest/gestao-digital/planejamento-estrategico>>. Acesso em: 7 jul. 2020.

MORAES, Alexandre Rocha Almeida de; DEMERCIAN, Pedro Henrique. Um novo modelo de atuação criminal para o Ministério Público brasileiro: Agências e laboratório de jurimetria. *Revista Jurídica ESMP-SP*, São Paulo, v.11, p. 14-40, jan./jun.2017.

MORIN, Edgar. *Os sete saberes necessários à educação do futuro*. São Paulo: Cortez, 2000.

NEVES, Castanheira. Entre o legislador, a sociedade e o juiz ou entre sistema, função e problema: os modelos actualmente alternativos da realização jurisdicional do Direito. *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, Coimbra, v. LXXIV, p.1-44, 1998.

PAULO JUNIOR, José Marinho. Métodos modernos de resolução de conflito em massa. *Revista do Ministério Público no Estado do Rio de Janeiro*, Rio de Janeiro, v. 52, 2015.

PERLINGEIRO, Ricardo; SOMMERMAN, Karl-Peter (Org.). *Euro-American model code of administrative jurisdiction: English, French, German, Italian, Portuguese and Spanish Versions*. Niterói: Editora da UFF, 2014.

PERLINGEIRO, Ricardo. Uma perspectiva histórica da jurisdição administrativa na América Latina: tradição europeia-continental versus influência norte-americana. *Revista de Investigações Constitucionais*, Curitiba, v. 2, n. 1, p. 89-136, jan./abr. 2015a.

_____. Demandas judiciais sobre internação hospitalar e medicamentos e escassez de recursos públicos: A justiça faz bem à saúde? *Revista de Direito Administrativo Contemporâneo*, v. 17, p. 115-132, 2015b.

_____. Desafios contemporâneos da justiça administrativa na América Latina. *Revista de Investigações Constitucionais*, Curitiba, v. 4, n. 1, p. 167-205, jan./abr. 2017.

PINHO, Humberto Dalla Bernardina de; DUARTE, Marcia Michelle Garcia. Interdisciplinariedade, complexidade e pós-modernidade: Premissas fundamentais para a compreensão do processo civil contemporâneo. *RJLB*, n.4, ano 4, p. 955-999, 2018.

QUALMAN, Erik. *Socialnomics - How Social Media transforms the way we live and do business*. 2nd ed. New Jersey, USA: John Wiley & Sons Inc., 2013.

REINO UNIDO. *Code of Procedural Rules*, 1998. Disponível em: <<http://www.justice.gov.uk/courts/procedure-rules/civil/rules/part01>>. Acesso em: 30 abr. 2013.

RIBEIRO, Daniel Lima. *Adaptive regulatory impact assessment: Beyond the foresight-hindsight divide*. *ResearchGate*, set. 2019. Disponível em: <<https://www.researchgate.net/project/Adaptive-Regulatory-Impact-Assessment-Beyond-the-Foresight-Hindsight-Divide>>. Acesso em: 13 maio 2020.

_____. Liderança e estratégia de inovação para o Ministério Público de uma Nova Era: Desafios e caminhos possíveis. *ResearchGate*, out. 2018. Disponível em: <<https://www.researchgate.net/publication/341159869>>. Acesso em: 13 maio 2020.

RODRIGUES, Marco Antonio dos Santos; ALVAREZ, Pedro de Moraes Perri. Arbitragem e a Fazenda Pública. *Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP*, Rio de Janeiro, v. XIV, p. 388- 410, 2014.

SPENGLER, Fabiana Marion; SPENGLER NETO, Theobaldo. O acesso à justiça como “direito humano básico” e a crise da jurisdição no Brasil. *Scientia Iuris*, Londrina, v. 15, n.2, p. 53-74, dez. 2011.

SUSSKIND, Lawrence E.; CRUIKSHANK, Jeffrey L. *Breaking Robert's Rules: The new way to run your meetings, build consensus, and get results*. New York: Oxford University Press, 2006.

TOFFLER, Alvin. *Future Shock - The third wave*. New York: Bantam Books, 1980.

URY, William; FISHER, Roger. *Getting to yes: negotiating agreement without giving in*. 2 ed. New York: Penguin Books, 1992.

UZELAC, Alan (Ed.). *Goals of civil justice and civil procedure in contemporary judicial systems - Part I: General Synthesis*. New York: Springer International Publishing, 2014. (IUS Gentium, v. 34, n.3).

VERMEULE, Adrian. *Judging under uncertainty: An institutional theory of legal interpretation*. Cambridge: Harvard University Press, 2006.

WARAT, Luis Alberto. Eco-cidadania e direito: alguns aspectos da modernidade, sua decadência e transformação. *Sequências*, Florianópolis, n. 28, p. 96-110, jul. 1994.

WATANABE, Kazuo. Acesso à justiça e sociedade moderna. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido R.; WATANABE, Kazuo (Coord.). *Participação e processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988. p. 128-135.

Capítulo 10

A Efetividade da Atuação Extrajudicial do Ministério Público: Considerações Acerca dos Compromissos de Ajustamento de Conduta em Matéria Ambiental

Luciana Fernandes Portal Lima Gadelha

Resumo

O texto trata dos óbices para a efetividade da atuação extrajudicial do Ministério Público, especialmente dos compromissos de ajustamento de conduta em matéria de meio ambiente, apontando caminhos com vistas ao aperfeiçoamento desse importante instrumento extraprocessual de solução de litígios. São apontados problemas no que concerne à publicidade do ajuste, inquisitorialidade bem como duração razoável dos inquéritos civis, execução e cumprimento voluntários dos TAC's, aspectos quanto à análise econômica do direito, discricionariedade do mérito desses instrumentos, bem como uma crítica aos acordos e à despolitização dos conflitos ambientais. Entende-se que não obstante os desafios enfrentados pela atuação extrajudicial do Ministério Público, os compromissos de ajustamento de conduta constituem o instrumento mais adequado à proteção do meio ambiente (em comparação com outros, como a arbitragem), preservando-se a busca da justiça estatal como *ultima ratio*.

Palavras-chave

Compromisso de ajustamento de conduta, Ministério Público, Ambiental.

Sumário

1. A atuação extrajudicial do Ministério Público
2. Sobre o caráter inquisitorial dos inquéritos civis e o direito de participação dos concernidos na celebração de compromissos de ajustamento de conduta
3. Os TAC'S e o princípio da duração razoável do processo
4. Os TAC's e o princípio da publicidade
5. As dificuldades práticas para a celebração dos TAC's e a análise econômica do direito
6. Percalços no cumprimento voluntário e execução de TAC's ambientais
7. Discricionariedade administrativa no que concerne ao mérito dos TAC's
8. Crítica à solução negociada dos conflitos ambientais e despolitização
9. Considerações finais

*Texto apresentado originalmente no ano de 2018 como trabalho final da disciplina “Economia e Judicialização das Políticas Ambientais”, ministrada pelo Prof. Dr. Wilson Madeira, no Mestrado Profissional em Justiça Administrativa da UFF, Niterói – RJ, com adaptações e atualizações.

1. A atuação extrajudicial do Ministério Público

O Ministério Público brasileiro, na defesa de interesses transindividuais, tem conferido grande enfoque à atuação extrajudicial na tutela coletiva, mediante instrumentos como o inquérito civil, recomendações e compromissos de ajustamento de conduta. Nesse sentido, verificam-se no âmbito do Ministério Público da União e também nos Ministérios Públicos estaduais grandes investimentos na formação dos membros do Ministério Público para uma atuação extrajudicial na tutela coletiva, bem como na produção de amplo material bibliográfico nessa temática.¹

Nesse sentido, Alexandre Gavronski enumera algumas limitações do processo judicial quanto à tutela de interesses transindividuais, a saber: o tempo e o custo do processo judicial, as restrições à participação de terceiros interessados no processo (e os riscos de sua inviabilização em virtude desta atuação), os limites do processo judicial quanto à interdisciplinariedade (no que concerne à realização de perícias), a resistência do Judiciário quanto ao questionamento das políticas públicas e de atos discricionários, os limites para a criação do direito fora do consenso, e as desvantagens da decisão por um terceiro imparcial (juiz) diante de questões de acentuada conflituosidade e complexidade fática. Neste sentido, avulta a importância das técnicas extraprocessuais de tutela coletiva, a exemplo do inquérito civil, recomendação, TAC, conciliação, mediação, arbitragem para a composição de litígios versando sobre direitos transindividuais.²⁻³

O compromisso de ajustamento de conduta constitui-se no acordo celebrado entre o Ministério Público (e/ou os demais legitimados à propositura da ação civil pública) e uma parte interessada, para a proteção de direitos difusos, coletivos e/ou individuais homogêneos, pondo fim a um litígio. Encontra-se regulamentado pela Lei n.º 7347/1985, art. 5º, §6º, consoante redação dada pela Lei n.º 8038/1990, art. 113. Segundo uma parte da doutrina, tem a natureza jurídica de negócio da Administração, sendo um equivalente jurisdicional, por ser um meio alternativo de solução de conflito.⁴ Segundo Hugo Mazzili, é um ato administrativo negocial, “por meio do qual um órgão público legitimado toma do causador do dano o compromisso de adequar sua conduta às exigências da lei”.⁵ Tem a natureza de título executivo extrajudicial, a teor do art. 784, IV do CPC. Tem sido firmado para a tutela dos

¹ Cite-se, nesse sentido, o Manual de negociação e mediação para membros do Ministério Público do Conselho Nacional do Ministério Público (2 ed. Brasília: CNMP, 2015).

² GAVRONSKI, Alexandre Amaral. *Técnicas extraprocessuais de tutela coletiva*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 231.

³ Controverte-se a doutrina acerca da possibilidade da arbitragem para a tutela de interesses transindividuais indisponíveis, tendo em vista o disposto no art. 1º da Lei 9307/1996.

⁴ RODRIGUES, Geisa de Assis. *Ação civil pública e termo de ajustamento de conduta. Teoria e prática*. 3 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 138.

⁵ MAZZILI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo*. 29 ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 496; 498.

mais diferentes interesses difusos e coletivos, como o meio ambiente, consumidor, educação, saúde, direitos de indígenas, populações tradicionais, etc.

Considerando a relevância do compromisso de ajustamento de conduta para a defesa dos direitos transindividuais, dentre os quais o meio ambiente, entende-se pertinente refletir acerca da efetividade dessa técnica extraprocessual de tutela coletiva no direito brasileiro, apontando os percalços enfrentados pelos compromissos de ajustamento de conduta para a tutela do meio ambiente, bem como indicando caminhos e alternativas para a efetividade deste importante instrumento para a tutela de interesses transindividuais, especialmente o meio ambiente. O debate mostra-se importante mormente com a discussão nos meios jurídicos acerca da utilização de outros meios extraprocessuais para a solução de litígios em matéria ambiental, de que é exemplo a arbitragem.⁶

2. Sobre o caráter inquisitorial dos inquéritos civis e o direito de participação dos concernidos na celebração de compromissos de ajustamento de conduta

O inquérito civil (IC), disciplinado pelas Lei n.º 7347/1985 (art. 8º, § 1º), Lei n.º 8625/1993 (art. 26) e pela LC n.º 75/1993 (art. 38, I) é um procedimento administrativo destinado à coleta de provas, para a apuração de fatos que possam autorizar a tutela dos interesses ou direitos a cargo do Ministério Público. Nesse sentido, o inquérito civil é conceituado por Mazzili como:

uma investigação administrativa prévia instaurada e presidida pelo Ministério Público, destinada a colher elementos de convicção para identificar se ocorre circunstância que enseje eventual propositura de ação civil pública, a tomada de compromisso de ajustamento de conduta, a realização de audiências públicas e emissão de recomendações pelo Ministério Público, ou outra atuação a seu cargo.⁷

Concluído o inquérito civil, caberá ao membro do MP adotar as providências adequadas ao caso, dentre as quais, o ajuizamento de ação civil pública, a expedição de recomendação, a celebração de compromisso de ajustamento de conduta ou o arquivamento da investigação.

A doutrina brasileira majoritária tem entendimento no sentido de que o inquérito civil não se submete ao princípio do contraditório, haja vista que nele não há acusados, nem a aplicação de sanções aos investigados. Nesse sentido, cita-se Hugo Nigro Mazzili:

⁶ No âmbito do MPF, a criação de Grupo de Trabalho no âmbito da 4ª Câmara de Coordenação e Revisão Criminal (que trata da matéria ambiental e patrimônio cultural), intitulado Grupo de Trabalho Utilidade, Eficiência e Projetos, demonstra a preocupação da instituição com a temática da efetividade da atuação em matéria ambiental (DADOS de atuação da 4ª CCR: Grupo de trabalho. *Ministério Público Federal*, Brasília, [S.d.]).

⁷ MAZZILI, op. cit., p. 47.

A rigor, o inquérito civil não é processo administrativo e sim procedimento; nele não há uma acusação nem se aplicam sanções; nele não se decidem nem se impõem limitações, restrições ou perda de direitos (embora dele decorram alguns efeitos jurídicos indiretos, e, excepcionalmente, até mesmo uma consequência jurídica direta para terceiros (...)). No inquérito civil não se decidem interesses; não se aplicam penalidades ou sanções, não se extinguem nem se criam novos direitos. Apenas serve, sob forma inquisitiva, para colher elementos ou informações, basicamente com o fim de formar-se a convicção do órgão do Ministério Público para eventual propositura de ação civil pública ou coletiva.⁸

No mesmo sentido, Alexandre Gavronski:

Das características do inquérito civil, a mais discutida é, sem dúvida, sua natureza inquisitiva, vale dizer, não contraditória. Essa sua natureza em nada afronta o que dispõe a Constituição Federal, notadamente no inciso LV do art. 5º ('aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes, (...)).⁹

No mesmo sentido acima, a Resolução n.º 23/2007 do Conselho Nacional do Ministério Público, que disciplina a tramitação do inquérito civil público afirma em seu art. 1º que:

o inquérito civil, de natureza unilateral e facultativa, será instaurado para apurar fato que possa autorizar a tutela dos interesses ou direitos a cargo do Ministério Público nos termos da legislação aplicável, servindo como preparação para o exercício das atribuições inerentes às suas funções institucionais.

Há, entretanto, corrente doutrinária criticando o caráter inquisitorial dos procedimentos do MP, por ofensa ao art. 5º da CF.¹⁰

⁸ Ibid., p. 47.

⁹ GAVRONSKI, op. cit., p. 300. Segundo Geisa de Assis Rodrigues, o inquérito civil "tem natureza de procedimento administrativo de investigação, e por isso, tal qual o inquérito policial, não é obrigatório, [...]. Do mesmo modo, não há incidência do princípio do contraditório, porque nessa esfera não há acusados nem a possibilidade de aplicação de sanção aos investigados. Todavia, é fundamental para a consecução dos objetivos do inquérito civil que aqueles que porventura possam ser considerados responsáveis pela prática de lesão ao direito transindividual sejam ouvidos, juntem documentos, apresentem a versão dos fatos que lhes seja mais favorável, para que se possa realmente se obter na investigação um retrato fiel da realidade. Vale registrar, que, na prática, a oitiva de todos os envolvidos é rotineira, sem que haja, contudo, a obrigatoriedade da bilateralidade da audiência de todos os atos a serem perpetrados no inquérito." (RODRIGUES, op. cit., p. 75-76.)

¹⁰ Veja-se ROCHA, Rúsvel Beltrame. Devido Processo Legal, direitos fundamentais e inquérito civil público. *Revista da PGM Belo Horizonte*, Belo Horizonte, ano 2, n. 3, jan / jun 2009; e FERRARESI, Eurico. Limites da Atuação do Ministério Público no inquérito civil. In: CUNHA, Rogério Sanches; TAQUES, Pedro; GOMES, Luis Flávio. *Limites constitucionais da investigação*. São Paulo: RT, 2009. p. 72-86.

O princípio do contraditório é uma das principais expressões do *due process of law*. Abrange não apenas o direito de ser ouvido, mas também o direito de produção de provas e o direito de obter uma decisão que considere os argumentos deduzidos pelas partes.

Tratando da necessidade de se introduzir o diálogo entre as partes nos procedimentos do Ministério Público, pertinente transcrever as lições de Bruno da Fonseca, *in verbis*:

A autocomposição incompatibiliza-se com o descaso às garantias processuais, como o contraditório e a ampla defesa. Ao revés, é processo participativo, dialógico e transparente, que rende homenagem à liberdade, à igualdade e à autonomia das pessoas. A relativa informalidade do IC e de outros procedimentos administrativos em trâmites nas Procuradorias e Promotorias possibilitarão debate exaustivo, franco, informal e direto sobre o caso concreto.”¹¹

A discussão acerca da necessidade de observância do contraditório e da ampla defesa no inquérito civil¹² não será desenvolvida neste espaço, mas é certo que faz-se necessário que o procedimento que antecede a celebração dos compromissos de ajuste de conduta atenda, ao menos, às condições “ideais”¹³ de fala propostas por Habermas, em sua teoria da ação comunicativa, como forma de assegurar a legitimidade dos ajustes firmados pelo Ministério Público, minimizando os riscos de propositura de ações anulatórias de ajustes posteriormente no Judiciário, ou ainda, o descumprimento das obrigações avençadas, com a propositura de execuções de TAC’s no Poder Judiciário.

¹¹ FONSECA, Bruno Gomes Borges da. *Compromisso de ajustamento de conduta*. São Paulo: LTR, 2013. p. 81.

¹² A temática foi objeto de estudo na dissertação de Mestrado, intitulada “O Ministério Público, o inquérito civil e o devido processo legal” (GADELHA, Luciana F Portal Lima. *O Ministério Público, o inquérito civil e o devido processo legal*. 2019. Dissertação (Mestrado Profissional em Justiça Administrativa) – Faculdade de Direito, Universidade Federal Fluminense, Niterói, 2019.).

¹³ Diferentemente de Alexy, para quem estas são regras que devem reger o Discurso, para Habermas, trata-se apenas de pressupostos pragmáticos do discurso, que os participantes da argumentação devem buscar o cumprimento aproximativo (muita embora isso seja contrafactual, ou seja, nem sempre se verifique na realidade). Confira-se em HABERMAS, Jürgen. *Consciência moral e agir comunicativo*. Tradução Guido Antonio de Almeida. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1989. (Biblioteca Tempo Universitário, 84 – Série Estudos Alemães). p. 114. Segundo Gilvan Hansen, “a concepção de situação ideal de fala em Habermas se apresenta como racional, e nesse sentido factível, porque parte de elementos contidos nas expectativas cotidianas explícitas ou implícitas nos atos de fala e nas situações reais de fala. Mas é fundamentalmente contrafactual, pois se apresenta como uma ideia reguladora (parafraseando Kant) para as pessoas na consecução de seus atos de fala manifestos em situações reais de fala e na construção de discursos. Essa dimensão contrafactual inerente à concepção de situação ideal de fala confere a ela um caráter decisivamente utópico. Tal utopia contida na situação ideal de fala não se apresenta no sentido substancial, onde se afirma um conteúdo e um modelo pré-estabelecido de funcionamento da sociedade, mas na direção de uma utopia procedimental, onde são apresentados, na modalidade de procedimentos racionais de ordem lingüístico-discursiva, parâmetros formais que devem balizar as ações discursivas cotidianas. O conteúdo destas ações discursivas faz parte do contexto vivido, de sorte que a cada época novos conteúdos são vividos e tematizados nas situações reais de fala. Em face do acima exposto, e com o risco implicado na ousadia de tal afirmação, concluímos que a situação ideal de fala em Habermas se apresenta como a base de uma utopia em Habermas, dado aos elementos contrafactuais nela presentes.” (HANSEN, Gilvan Luiz. Os elementos utópicos na concepção habermasiana de situação ideal de fala. In: MÜLLER, Maria Cristina; CENCI, Elve Miguel (Org.). *Ética, política e linguagem: confluências*. v. 1. Londrina: Edições CEFIL, 2004. p. 136).

Segundo Habermas, com base em Alexy, as situações ideais de fala, ou pressupostos argumentativos, a título de exemplo, são de três tipos:

- (1.1) A nenhum falante é lícito contradizer-se;
- (1.2) Todo o falante que aplicar um predicado F a um objeto A tem que estar disposto a aplicar F a qualquer outro objeto que se assemelhe a A sob todos os aspectos relevantes.
- (1.3) Não é lícito aos diferentes falantes usar a mesma expressão em sentidos diferentes. [...] ¹⁴
- (2.1) A todo o falante só é lícito afirmar aquilo em que ele próprio acredita.
- (2.2) Quem atacar um enunciado ou norma que não for objeto da discussão tem que indicar uma razão para isso. [...]
- (3.1) É lícito a todo o sujeito capaz de falar e agir participar de Discursos.
- (3.2) a. É lícito a qualquer um problematizar qualquer asserção.
b. É lícito a qualquer um introduzir qualquer asserção no Discurso.
c. É lícito a qualquer um manifestar suas atitudes, desejos e necessidades.
- (3.3) Não é lícito impedir falante algum, por uma coerção exercida dentro ou fora do Discurso, de valer-se de seus direitos estabelecidos em (3.1) e (3.2).

Uma das dificuldades e críticas direcionadas aos compromissos de ajuste de conduta é a ausência de participação da sociedade civil afetada por um determinado conflito ambiental na elaboração do TAC, o qual é celebrado unicamente por órgãos técnicos e jurídicos, como os órgãos ambientais, as Procuradorias Jurídicas e o próprio Ministério Público. A este respeito, pertinente citar estudo que abordou criticamente os TAC's firmados pelo MP nos casos da Refinaria de Duque de Caxias (REDUC) e a ThyssenKrupp Companhia Siderúrgica do Atlântico (TKCSA):

Ante o reconhecimento da impossibilidade do órgão legitimado ou do representante do órgão legitimado considerar todos os aspectos da realidade social, para que o TAC possua eficácia social, deve-se garantir ampla participação popular, seja criando possibilidades para um envolvimento direto (por meio da inclusão, como partícipes do acordo, de representantes dos grupos sociais cujos interesses

¹⁴ A este respeito, veja-se Habermas: "Ambos os momentos, o do pensamento que vai além dos limites de uma consciência individual empírica e o da independência do conteúdo do pensamento em relação à corrente de vivências do indivíduo podem indicar que certas expressões linguísticas têm significados idênticos para usuários diferentes. Na prática, os membros de uma determinada comunidade de linguagem tem que supor que falantes e ouvintes podem compreender uma expressão gramatical de modo idêntico. Eles supõem que as mesmas expressões conservam o mesmo significado na variedade de situações e dos atos de fala nos quais são empregados." (HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Tradução Flávio Beno Siebeneichler. v. II. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. p. 28 e 29).

coletivos estejam envolvidos no TAC), seja dando condições para um envolvimento indireto (via controle social, por meio da garantia de uma correta e efetiva publicidade desse TAC). Além disso, deve haver uma preocupação específica com o conteúdo e o sentido dessa participação - principalmente no aspecto da garantia de envolvimento dos grupos sociais correntemente menos capazes de se fazer ouvir na esfera decisória -, de modo que seja assegurado o exercício da reflexão e discussão para a politização de problemáticas ambientais que afetam a vida coletiva. (..)

No que concerne à falta de participação, destaca-se o fato de que os Termos de Ajustamento de Conduta analisados nos casos TKCSA e REDUC não contaram com uma ampla participação dos grupos sociais cujos interesses coletivos estavam envolvidos no acordo, inclusive aqueles que envolviam danos diretos à população, como os TACs relativos ao caso do derramamento de óleo da REDUC de 2000 e ao caso da poluição atmosférica da TKCSA. No curso da pesquisa, tomamos ciência de alguns termos de compromisso assinados em 2007 entre a TKCSA e algumas associações de pescadores da Baía de Sepetiba relativos às medidas compensatórias pelos danos ocasionados no processo de instalação da empresa à atividade pesqueira. Tais termos, em 2011, vieram a ter suas obrigações substituídas por uma espécie de acordo denominado “Memorando de Entendimentos”. Ainda que tal acordo conte com a participação de algumas entidades de pesca da região, há indícios, em função de uma carta de denúncia elaborada por associações de pescadores da Baía de Sepetiba, de que o citado acordo não envolveu apropriadamente todos os grupos que possuíam interesse nos seus efeitos. Desse modo, vemos que uma série de obrigações (ou exigências) dos TACs referentes a medidas sociais e ambientais visando à reparação de danos foram elaboradas sem que se ouvisse apropriadamente a perspectiva dos grupos sociais atingidos pelos impactos decorrentes das atividades dos referidos empreendimentos.

Seguindo uma mentalidade eminentemente “representativista” e “tecnicista”, o TAC tende a envolver somente os órgãos políticos, os órgãos técnicos e os órgãos do sistema de justiça que acreditam ser habilitados e suficientemente balizados para representar e versar sobre questões que são do interesse da sociedade civil (principalmente dos grupos sociais atingidos).¹⁵

A este respeito, Boaventura de Sousa Santos faz alusão à determinada Epistemologia do Sul, afirmando que a epistemologia ambiental deve ser interdisciplinar, levando em

¹⁵ VIÊGAS, Rodrigo Nuñez; PINTO, Raquel Giffoni; GARZON, Luis Fernando Novoa. *Negociação e acordo ambiental: o Termo de Ajustamento de Conduta (TAC) como forma de tratamento dos conflitos ambientais*. Rio de Janeiro: Fundação Heinrich Böll, 2014. p. 9-10.

consideração não somente os saberes científicos mas também os saberes tradicionais, dos concernidos. Boaventura Santos propugna um diálogo horizontal entre conhecimentos, a que denomina Ecologia dos Saberes.¹⁶

Robert Bullard, um dos precursores do movimento de Justiça Ambiental nos EUA, a este respeito, afirma que um dos slogans do movimento é a frase: “nós falamos por nós mesmos.”¹⁷

Neste sentido, é relevante ampliar a participação no TAC para todos os interessados diretos e indiretos na sua elaboração, bem como aos demais legitimados coletivos e também universidades e entidades em geral, mediante a realização de reuniões e audiências públicas, por exemplo.

Este debate tem sido realizado no âmbito do Ministério Público brasileiro, verificando-se muitos avanços nesta seara, de que são exemplos a atuação em conjunto de membros do Ministério Público com atuação na 4ª Câmara de Coordenação e Revisão (meio ambiente e patrimônio cultural) e 6ª Câmara de Coordenação e Revisão (populações indígenas e comunidades tradicionais), bem como o maior quantitativo de audiências públicas e reuniões realizadas no âmbito da instituição, envolvendo entidades da sociedade civil.

A participação efetiva dos concernidos deve ser um termômetro de uma maior ou menor deferência do Judiciário aos compromissos de ajustamento de conduta, em caso de subsequentes questionamentos judiciais acerca do conteúdo desses ajustes.¹⁸

3. Os TAC's e o princípio da duração razoável do processo

Outro corolário do devido processo legal é o princípio da **duração razoável do processo**, previsto pelo art. 5º LXXVIII da CF. A este respeito, o art. 9º da Resolução n.º 23/2007 do CNMP, estabelece que o inquérito civil tem o prazo de um ano, estando sujeito a sucessivas prorrogações, desde que mediante despacho fundamentado.

O princípio da duração razoável do processo é um corolário do princípio do devido processo legal e entende-se atendido quando a decisão da lide (no caso, o TAC) seja proferida no tempo hábil a assegurar o direito subjetivo da parte postulante.

A este respeito, entende-se pertinente citar duas pesquisas realizadas por Geisa Rodrigues nos termos de ajuste de conduta celebrados no Ministério Público Federal; a primeira no período entre os anos de 1992 a 1998, no qual foram investigados 71 (setenta e um)

¹⁶ MADEIRA FILHO, Wilson; SIMON, Alba. Tecnocracia e conflitos socioambientais: o difícil percurso para a consolidação de uma epistemologia ambiental. In: CARLI, Ana Alice De; SANTOS, Fabiane Soares dos; SEIXAS, Marcus Wagner (Orgs.). *A tecnologia em prol do meio ambiente*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016. p. 6.

¹⁷ BULLARD, Robert. Comentários e debates. In: SELENE, Herculano; PACHECO, Tania (Org.). *Racismo Ambiental*. Rio de Janeiro: FASE, 2006. p. 237.

¹⁸ Este tema dos critérios para uma deferência judicial aos TAC's é também tratado na nossa dissertação de Mestrado, intitulada “O Ministério Público, o inquérito civil e o devido processo legal” (GADELHA, Luciana F Portal Lima. op. cit., p. 155 et seq.).

TAC's; a segunda, no período entre 1998 a 2004, no âmbito de 220 (duzentos e vinte) TAC's. Na primeira pesquisa, Geisa menciona que 56% dos TAC's foram firmados em até seis meses e 86% em até um ano do conhecimento do conflito pelo MPF, pesquisa que parece demonstrar a razoabilidade do tempo de celebração dos TAC's no âmbito do MPF. Não obstante a relevância da pesquisa realizada por Geisa Rodrigues, faz-se necessário analisar o tempo de tramitação dos inquéritos civis no âmbito do Ministério Público, nos quais não houve a celebração de ajuste, para verificação da observância do princípio da duração razoável do processo na atuação extrajudicial do Ministério Público. Ou seja, importa não apenas o tempo de celebração dos TAC's, mas o tempo de duração dos inquéritos civis nos demais casos (de arquivamento do inquérito civil, ajuizamento de ação civil, expedição de recomendação com seu cumprimento etc).

A doutrina tem discutido acerca da possibilidade de utilização da arbitragem para o ressarcimento de danos ao meio ambiente,¹⁹ afirmando como vantagens a celeridade da decisão apresentada pelo árbitro,²⁰ mormente em se considerando o caráter irreversível dos danos ambientais, situação que justifica a necessidade de pronta recuperação do meio ambiente degradado. Outros argumentos utilizados em favor da arbitrabilidade do dano ambiental é a especialização dos árbitros (em virtude do caráter sinérgico do dano ambiental, muitas vezes é muito difícil ao magistrado identificar qual a melhor forma de recuperar a área degradada, se seguindo a proposta do autor, réu ou perito do juízo²¹). Advoga-se a utilização da arbitragem quando se trata de danos ambientais transfronteiriços envolvendo diferentes Estados, bem como envolvendo particulares (neste último caso, com a arbitragem se permitiriam soluções uniformes para todos os litígios, com tratamento isonômico das partes, permitindo, ainda, a escolha do tribunal de arbitragem a julgar o litígio, a norma de direito material e processual aplicável).²²

¹⁹ O art. 1º da Lei 9307/1996 admite a utilização da arbitragem para a resolução de litígios envolvendo direitos patrimoniais disponíveis. Neste aspecto, tem-se entendido que o dano ambiental pode ser compreendido na perspectiva de macrobem (difusa) ou microbem (individual), de forma que neste último caso não há óbice à arbitragem, haja vista se tratar de direitos disponíveis.

²⁰ O art. 11 da Lei 9307/1996 determina que a sentença seja proferida pelo árbitro no prazo estipulado pelas partes ou caso este não seja estipulado, no prazo máximo de seis meses.

²¹ Ricardo Perlingeiro trata das dificuldades da prova técnica no processo judicial, mencionando que: "Porém, em sistemas como o brasileiro, no qual os juízes necessariamente possuem formação jurídica, esses conhecimentos técnicos decorrem de perícia judicial, e o papel do juiz corre o risco de ser, nesse ponto, secundário e dependente. De fato, com que autoridade científica um juiz (...) teria condições de discordar de um perito médico? Seria o juiz refém dos peritos? Essa é uma pergunta que gera certo desconforto e que, a princípio, justifica a recomendação do Conselho Nacional de Justiça no sentido de os tribunais buscarem meios alternativos, por meio de programas de capacitação específicos para magistrados, incluindo, por exemplo, visitas a estabelecimentos de saúde pública e eventos que congreguem magistrados com gestores de saúde. Questiona-se, pois, se não seria oportuno pensarmos não apenas em um tribunal especializado, mas em um tribunal que também fosse dotado de uma composição multidisciplinar." (PERLINGEIRO, Ricardo. A tutela judicial do direito público à saúde no Brasil. *Direito, Estado e Sociedade*, Rio de Janeiro, n.41 p. 194, jul./dez. 2012).

²² LIMA, Bernardo Silva de. *A Arbitrabilidade do dano ambiental e seu ressarcimento*. Salvador: UFBA, 2009. p. 6-26.

Numa análise preliminar, pode-se afirmar que muito embora a arbitragem apresente inegável benefício no que concerne à celeridade da decisão, trata-se de uma decisão proferida por uma terceira pessoa, estranha à lide (adjudicação), assemelhando-se às decisões judiciais. Em termos de justiça socioambiental, os compromissos de ajustamento de conduta, firmados com a intervenção de órgãos técnicos e com a participação dos concernidos, parecem mais adequados à proteção dos direitos transindividuais indisponíveis, como é o meio ambiente. Quando necessária a adjudicação do conflito ambiental por terceiros, entende-se que a Justiça estatal é a mais adequada à proteção dos direitos fundamentais, integrada por membros dotados de garantias para uma atuação independente e imparcial, e preocupada efetivamente com a pacificação social.²³

Muito embora a solução apresentada pelos compromissos de ajuste de conduta possa ser mais célere que a apreciação do litígio pelo Judiciário, tem-se que a atuação extrajudicial do MP em matéria ambiental tem ainda deixado muito a desejar quanto ao tempo do procedimento, por inúmeras razões, seja a complexidade dos conflitos ambientais, seja a dificuldade na instrução probatória (que carece de laudos periciais interdisciplinares cuja elaboração demanda tempo e é realizada pelos analistas periciais do Ministério Público), seja o quantitativo de inquéritos civis em tramitação no âmbito do Ministério Público, conflitos de atribuição entre os diferentes ramos do Ministério Público para atuação em uma determinada matéria, etc.

Uma das soluções para esta questão passa por melhor aparelhamento dos corpos periciais do Ministério Público, bem como pela ampliação do quantitativo de servidores e estagiários em atuação nos gabinetes de tutela coletiva, que exigem por parte dos membros do Ministério Público e dos servidores um esforço adicional em relação à instrução dos inquéritos civis. Medida salutar que vem sendo adotada pelo MPF é a criação de forças - tarefas, para atuação dos membros em casos de maior complexidade (é o caso ocorrido com o acidente de rompimento da barragem de rejeitos de mineração, envolvendo a Samarco, ocorrido no município de Mariana, no estado de Minas Gerais, em novembro de 2015).²⁴

No Ministério Público Federal foi desenvolvida uma pesquisa pelo Grupo de Trabalho Utilidade, Eficiência e Projetos da 4ª CCR, intitulada “Repensando a proteção do meio ambiente e patrimônio cultural no Ministério Público Federal”, na qual os membros do MPF foram consultados quanto a diferentes propostas de atuação na temática ambiental, dentre as

²³ Em artigo intitulado “Ética na arbitragem”, Marcela Paiva e Sérgio Pauseiro mencionam críticas que tem sido direcionadas à arbitragem, como mais preocupada com aspectos mercadológicos e financeiros que com a pacificação social, bem como a incerteza normativa, que pode ser um terreno para a corrupção.

²⁴ O site do Ministério Público Federal apresenta as diversas atuações em conjunto por parte do Ministério Público Federal e estadual no referido caso, como a expedição de recomendações, ajuizamento de ações civis públicas, celebração de TAC’S, com a participação de outros órgãos públicos, como a defensoria pública (ATUAÇÃO do MPF. Caso Samarco: Linha do tempo. *Ministério Público Federal*, Brasília, [S.d.].).

quais, a implementação de acordos de resultado, por meio do qual o membro e a 4ª Câmara de Coordenação e Revisão estabeleceriam metas e prioridades de atuação, permitindo-se em contrapartida sobrestar ou arquivar os casos que não veiculem temas delimitados no acordo. Trata-se de uma importante providência, haja vista proporcionar a racionalização da atuação do membro do MPF, priorizando a atuação em casos mais relevantes, e suspendendo a tramitação de procedimentos com menor relevância. Destarte, a racionalização da atuação do Ministério Público na defesa de interesses transindividuais, dentre os quais o meio ambiente, como já vem ocorrendo em matéria penal, com os acordos de não persecução penal, previstos pelo art 29-A do Código de Processo Penal, pode se constituir em uma importante providência para uma atuação mais efetiva do Ministério Público nessa seara.²⁵

Outra questão que deve ser examinada é que celeridade e duração razoável do inquérito civil público devem ser vistas sob a ótica de que o prazo do inquérito civil deve ser aquele suficiente ao adequado tratamento do conflito. Neste sentido, pertinente citar excerto do estudo realizado por Viégas e outros, já acima mencionado:

A análise dos TACs celebrados nos casos de conflito envolvendo a TKCSA e a REDUC permitiu também desqualificar certas justificativas endereçadas ao uso do Termo de Ajustamento de Conduta como, por exemplo, as de eficiência, eficácia e celeridade. No que concerne às ideias de eficiência e eficácia, observamos uma tendência a se ressaltar tais ideias mais sob aspectos econômicos do que propriamente jurídicos, bem como uma tendência a se confundir eficiência e eficácia com celeridade e agilidade. Ao se deterem em tais aspectos, tendem a desconsiderar o que seria o aspecto primordial de um instrumento frequentemente considerado eficiente e eficaz na prevenção e reparação a interesses e direitos transindividuais: sua capacidade de produzir um resultado socialmente tido por justo e de garantir o acesso à justiça. **Ao se confundir eficiência e eficácia com celeridade e agilidade, coloca-se ainda em jogo a “morosidade necessária” (Sousa Santos *et. al.*, 1996) - o tempo ideal de duração do tratamento de conflito que concilie rapidez e eficiência com proteção de direitos - para a obtenção de um resultado socialmente tido por justo.**²⁶

4. Os TAC's e o princípio da publicidade

A Constituição Federal assegura a observância no âmbito dos procedimentos administrativos e dos processos judiciais do princípio da publicidade, a teor do art. 5º, XXXIII, LX e

²⁵ BRASIL. Ministério Público Federal. 4ª Câmara de coordenação e revisão. *Relatório de atividades 2017*. Brasília: MPF, 2019.

²⁶ VIEGAS et al., op. cit., p. 12.

art. 93, IX. Quando se trata da defesa de interesses transindividuais, com muito mais razão a observância do princípio da publicidade, que no âmbito do inquérito civil é previsto pelo art. 26, VI da Lei 8625/1993 e art. 7º da Resolução n.º 23 do CNMP que assim dispõe sobre o assunto:

Art. 7º Aplica-se ao inquérito civil o princípio da publicidade dos atos, com exceção dos casos em que haja sigilo legal ou em que a publicidade possa acarretar prejuízo às investigações, casos em que a decretação do sigilo legal deverá ser motivada.

Quanto ao princípio da publicidade, que rege a atuação do Ministério Público (e de toda a Administração Pública), e considerando que os TAC's representam uma solução negociada para a defesa de interesses da coletividade, irradiando os seus efeitos para além dos compromissários (donde é de grande relevância a fiscalização do seu cumprimento pela sociedade), tem-se que carece de regulamentação pelo CNMP instrumentos de divulgação, na rede mundial de computadores, dos termos de ajustamento de conduta celebrados pelos diversos ramos do Ministério Público brasileiro, que tenham efeitos perante terceiros. Destarte, a ausência deste controle faz até mesmo com que nem mesmo os próprios membros do Ministério Público tenham conhecimento dos ajustes firmados pelos Promotores/Procuradores que o antecederam, permitindo, portanto, a renovação de litígios ou o descumprimento pelos compromissários de ajustes firmados anteriormente com o Ministério Público. Tem-se, neste aspecto, uma grave ofensa ao princípio da publicidade e ao direito de informação da sociedade, sendo certo que a mera publicação do extrato do ajuste no Diário Oficial não supre tal deficiência.

Verifica-se, neste aspecto, a necessidade de criação pelo Ministério Público de instrumentos eficazes para a fiscalização do cumprimento de TAC's (bem como de sentenças proferidas em sede de ação civil pública), principalmente para os casos de TAC's que resolvam litígios com efeitos nacionais, e cuja eficácia se protraia no tempo, assegurando-se, neste aspecto, efetividade à tutela coletiva ambiental, sob pena de o cumprimento destas sentenças e TAC's não ser institucionalizado, estando a depender da memória do membro do MP atuante em um determinado ofício.

É verdade que no ano de 2011 foi editada a Resolução Conjunta n.º 02 do CNJ e CNMP, que instituiu os cadastros nacionais de informações de ações coletivas, inquéritos e termos de ajustamento de conduta. Em 2013, o CNMP criou o Portal de Direitos Coletivos, que permite o acesso às informações relacionadas à defesa de interesses coletivos, o qual está em funcionamento, mas ainda não confere ampla publicidade os dados ali disponibilizados. Destarte, mediante pesquisas realizadas, não se conseguiu ter acesso à íntegra dos documentos pesquisados, a exemplo dos compromissos de ajustamento de conduta, apresentando o site apenas um demonstrativo das movimentações dos inquéritos civis, mas sem oferecer ao cidadão o acesso à íntegra dos documentos (petições iniciais de ações civis públicas, TAC's, recomendações por exemplo).

No âmbito do MPF, recentemente, foi aprovada a Portaria PGR n.º 350/2017, que dispõe sobre o Sistema Único do MPF e que trata sobre a tramitação eletrônica de documentos, procedimentos e processos judiciais no âmbito do Ministério Público Federal. Com a plena implementação dessa nova versão do Sistema Único (Único Digital), tem-se que será assegurada uma maior publicidade aos inquéritos civis, visto que o cidadão poderá realizar o acompanhamento da tramitação dos inquéritos civis e do inteiro teor das decisões nele proferidas, mediante a internet. Mais recentemente, consta no site do Ministério Público Federal o ícone denominado “MPF Serviços Exerça sua cidadania”, onde o cidadão pode consultar inquéritos civis, TAC’S, recomendações, editais e atas de audiência pública, além de apresentar denúncias, realizar o peticionamento eletrônico ou a juntada de documentos em inquéritos civis do MPF, registrar denúncias contra servidores e membros do Ministério Público na Ouvidoria, dentre outros assuntos de interesse do cidadão.²⁷ Trata-se de uma importante passo dado pela instituição em direção à transparência e publicidade de sua atuação. Deve-se, registrar, entretanto, que o módulo que permite a consulta a inquéritos civis, TAC’s e recomendações carece de aperfeiçoamentos, porque não permite o acesso a íntegra dos inquéritos civis e dos documentos, à semelhança do Portal de Direitos Coletivos do CNMP.

Tal situação foi também ventilada por Geisa Rodrigues:

Ademais, é fundamental que se disponibilize o andamento das investigações, em todos os níveis do Ministério Público Federal para os cidadãos que desejam acompanhar o trâmite dos procedimentos administrativos que versem sobre direitos transindividuais, não só através de meios tradicionais de publicação como também através da rede mundial de informática.

(...)

Poucas são as Procuradorias em que constam em suas páginas o conteúdo dos ajustes celebrados, nem mesmo os sites das Câmaras de Coordenação e Revisão contêm essas informações adequadamente, com a exceção da Quarta Câmara de Coordenação e Revisão, cuja página na internet tem o rol de vários compromissos de ajustamento de conduta e seu teor.

Esse é um aspecto muito relevante que merece ser aperfeiçoado na prática do Ministério Público Federal, pois a publicidade é fundamental para o controle do conteúdo dos TACS, mas, sobretudo, para a garantia de seu cumprimento pois se amplia a capacidade de fiscalização quando um número maior de pessoas tem ciência da iniciativa do Ministério Público,²⁸

²⁷ MPF serviços. *Ministério Público Federal*, Brasília, [S.d.].

²⁸ RODRIGUES, op. cit., p. 234; 259.

Em matéria de publicidade, deve-se garantir, ademais, o amplo acesso da sociedade, e não somente das partes interessadas, aos atos praticados no âmbito do inquérito civil. Recentemente a Resolução n.º 23/2007 do CNMP foi alterada (pela Resolução n.º 161/2017), para permitir o amplo acesso aos autos do inquérito civil público ao defensor, com e sem procuração, bem como a terceira pessoa interessada, desde que mediante requerimento fundamentado (art. 7º), alterando a redação anterior que restringia o acesso dos autos do inquérito civil público somente ao advogado com procuração nos autos.

Tratando da publicidade do TAC e do controle social, pertinente citar ainda excerto do estudo acima mencionado, realizado por Viêgas e outros²⁹:

No que se refere à falta de publicidade, em geral, o critério adotado nos TACs analisados nos casos TKCSA e REDUC se restringe à publicação do termo no Diário Oficial e, em alguns poucos casos, encontramos nos acordos a exigência da publicação do termo em jornais de ampla circulação. Como agravante, alguns TACs consultados foram publicados no Diário Oficial de forma resumida, o que impossibilita o conhecimento público de todas as obrigações acordadas nesse instrumento. Desse modo, entendemos que a observância ao princípio da publicidade não pode ser algo meramente formal, de maneira que deve o órgão legitimado se fazer valer de meios realmente eficazes para tornar públicos seus acordos em relação àqueles que têm interesses nos seus efeitos. A forma com que os TACs tendem a ser publicizados limita a possibilidade de seu conhecimento público e compromete seu controle social.

Nesse aspecto, alinhamo-nos ao preconizado por Mello (2011), no Projeto Avaliação de Equidade Ambiental, especialmente no que concerne à garantia de conhecimento desses termos por parte dos grupos sociais correntemente menos capazes de se fazer ouvir na esfera decisória:

“O acesso e a apresentação das informações deverão ser realizados numa forma adequada para os atingidos. É recomendável, para publicação e divulgação da informação, a utilização de outros modos de comunicação que não a escrita, sobretudo, as técnicas audiovisuais. Os documentos dos processos devem ser disponibilizados de forma desburocratizada e gratuita, garantindo a publicização e o acesso às informações (Mello, 2011, p. 35).”

Em outros casos, as obrigações (ou exigências) definidas para a publicidade do TAC incumbem à própria empresa que está tendo sua conduta ajustada do processo de publicidade, abrindo margem para que as informações sobre o termo sejam publicizadas segundo critérios estabelecidos pela própria compromissada.

²⁹ VIEGAS et al., op. cit., p. 11.

Dessa forma, permite-se que a empresa apresente as informações concernentes ao cumprimento de suas obrigações segundo suas políticas de gestão ambiental e suas estratégias de *marketing* e de relações públicas com a comunidade.

Destarte, no que se refere ao acesso à informação, tem-se que não basta garantir o acesso físico (a disponibilização dos TAC's no meio virtual), mas também o acesso intelectual e social, haja vista que deve-se assegurar a disponibilização dos TAC's em linguagem adequada, de maneira que a sociedade possa compreender o conteúdo das obrigações fixadas e efetivamente exercer o controle social.

5. As dificuldades práticas para a celebração dos TAC's e a análise econômica do direito

Para abordar a questão referente às dificuldades para se chegar a um “sim” na celebração de TAC's, importante trazer alguns princípios da análise econômica do direito.

Ronaldo Coase desenvolve o assunto referente aos custos de transação. Segundo ele, se os custos de transação forem iguais a zero, haverá negociação; entretanto, se os custos de transação forem elevados, não existirá espaço para a negociação. Os custos de transação abrangem os impedimentos à negociação. Os custos de transação abrangem os custos de busca (ou seja, os custos para encontrar o comprador e o vendedor), os custos da negociação (os custos para ser firmado o acordo) e os custos de execução (custos para monitorar o cumprimento do acordo e para sancionar o seu descumprimento). Segundo o Teorema de Coase, os custos de negociação tendem a ser elevados quando os bens e serviços são peculiares e baixos quando os bens e serviços são estandarizados.³⁰ Da mesma forma, quando as informações essenciais referentes ao acordo (os valores de ameaça e a solução a ser adotada) são de conhecimento público, as negociações são facilitadas. Segundo Cooter:

A participação de cada parte no excedente cooperativo depende, em parte, de que alguma informação se mantenha privada. Porém a celebração do acordo requer que alguma informação se mantenha pública. O equilíbrio destes aspectos é difícil e potencialmente custoso. (...) Uma das conclusões mais sólidas destes experimentos é que existe maior probabilidade de que os negociadores cooperem quando seus direitos são claros e menor probabilidade quando seus direitos são ambíguos.³¹

Segundo Cooter, a comunicação envolvendo duas partes é menos custosa que a negociação que envolve três ou mais partes, principalmente quando estas encontram-se distantes

³⁰ COOTER, Robert; ULEN, Thomas. *Derecho y Economía*. México: Fondo de Cultura Económica Edición electrónica, 2017. Cap. IV, Seção 4, posição 2737.

³¹ Ibid., Cap. IV, Seção 4, posição 2754.

geograficamente entre si. Outro obstáculo à negociação pode ser a hostilidade das partes e também o comportamento pouco razoável delas, ao exigir da outra parte condutas desproporcionais ou absurdas. No caso de existir hostilidade entre as partes, os advogados podem auxiliar substituindo as partes hostis. Segundo Cooter, as negociações que envolvem obrigações instantâneas são menos custosas que negociações que envolvem obrigações complexas ou que exijam tempo para o seu cumprimento.

Cooter apresenta este quadro a respeito dos custos de transação:

QUADRO IV. 3. Fatores que afetam os custos de transação³²

Custos de transação menores	Custos de transação maiores
1. Bem ou serviço estandarizado	1. Bem ou serviço peculiar
2. Direitos claros, simples	2. Direitos incertos, complexos
3. Poucas partes	3. Muitas partes
4. Partes amistosas	4. Partes hostis
5. Partes que se conhecem	5. Partes que não se conhecem
6. Comportamento razoável	6. Comportamento pouco razoável
7. Intercâmbio instantâneo	7. Intercâmbio demorado
8. Sem contingências	8. Numerosas contingências
9. Baixos custos de monitoramento	9. Altos custos de monitoramento
10. Castigos baratos	10. Castigos custosos

A respeito dos custos de transação, os acordos envolvendo a tutela de direitos indisponíveis, via de regra, tem custos elevados. Por exemplo, o cumprimento de um acordo que preveja a recuperação de uma área degradada costuma levar anos e anos, até que o meio ambiente seja efetivamente recuperado. Não obstante os altos custos de transação, estes ajustes são reiteradamente celebrados. Entretanto, deve-se salientar que há posturas por parte do negociador, denominado aqui comprometente, que podem obstaculizar o fechamento de um acordo, por exemplo, hostilizando a outra parte, ou propondo soluções irrazoáveis ou absurdas, ou ampliando desnecessariamente o universo de comprometentes/compromissários. Importante fazer-se esta reflexão na prática cotidiana dos operadores do Direito, com vistas a buscar minimizar estes custos de transação, no que for possível.

Prosseguindo a sua análise, Cooter faz algumas reflexões sobre análise econômica dos contratos e menciona que a exigibilidade dos contratos, decorrentes de leis exigíveis e de tribunais honestos, faz com que as partes cooperem entre si. Pertinente citar as palavras de Cooter: “O primeiro propósito do direito dos contratos é permitir que os indivíduos cooperem, convertendo os jogos de soluções não cooperativas em jogos de soluções cooperativas.”³³

³² Ibid., Cap. IV, Seção 4, posição 2806-2812.

³³ Ibid., Cap. VIII, Seção 2, posição 8779-8781.

Depreende-se das palavras de Cooter que, frente a uma análise econômica do Direito, a cooperação com o meio ambiente pode se constituir nos dias atuais, no Brasil, em uma obrigação sem caráter de exigibilidade, em decorrência de uma postura leniente dos tribunais e também da legislação ambiental cível, administrativa e criminal. Segundo Bugallo Alvarez, “a proteção do direito impõe um preço às decisões dos agentes. A decisão de não cumprir uma obrigação resulta de uma ponderação estabelecida entre o custo relativo do descumprimento em relação ao custo relativo do cumprimento, enquanto que a decisão sobre o nível ou intensidade da atividade do agente resulta da magnitude do custo em que incorre como resultado de cumprir ou não cumprir com a norma.”³⁴

As pessoas físicas e jurídicas em geral, ao intervir no meio ambiente, podem fazê-lo observando a legislação ambiental, arcando com as despesas de X (decorrentes do empreendimento) e de Y (decorrentes das ações necessárias à proteção do meio ambiente). Entretanto, contando com a circunstância de que as penas por crimes ambientais são relativamente baixas, bem como que não serão obrigadas pelos tribunais a cumprirem com as obrigações de reparar os danos ambientais ou de pagar as multas aplicadas pelas autoridades administrativas ambientais (e se remotamente o forem, serão num espaço muito longo de tempo), acabam por não arcar pelo pagamento de Y, mantendo comportamentos não cooperativos no que tange à proteção do meio ambiente. Veja-se, portanto, que a legislação brasileira em matéria de proteção ao meio ambiente, os tribunais pátrios, o Ministério Público e as demais autoridades administrativas devem ter uma postura mais firme, de forma a tornar efetivamente exigíveis as obrigações de proteção do meio ambiente, o que pode acontecer, por exemplo, mediante a concessão de medidas liminares de antecipação do mérito pelos tribunais pátrios no bojo de ações civis públicas, de forma a tornar plenamente exigível a proteção do meio ambiente, com a condenação dos responsáveis por danos ambientais em danos morais elevados, com o objetivo de dissuadi-los de que o descumprimento de obrigações ambientais é medida mais eficiente à proteção dos interesses de sua empresa. O mesmo raciocínio se aplica quanto a outros interesses transindividuais, como consumidor, educação, saúde, direitos de povos indígenas, populações tradicionais, dentre outros.

Cooter apresenta como exemplo do acima afirmado a estratégia adotada pelos advogados:

A maioria dos advogados avalia de forma realista as probabilidades de ganhar de seus clientes e usam esta avaliação como base para um acordo extrajudicial. Estes advogados são os cooperadores no jogo da agência, que atraem clientes repetidos e mantém relações de longo prazo com eles. No entanto, alguns advogados fornecem avaliações excessivamente otimistas das probabilidades de seus clientes

³⁴ ALVAREZ, Alejandro Bugallo. Análise econômica do Direito: contribuições e desmistificações. *Revista Direito, Estado e Sociedade*, Rio de Janeiro, v.9, n.29, p. 49-68, jul./dez. 2006. p. 57.

ganhar em juízo e as utilizam para iniciar litígios custosos. Estes advogados são os apropriadores no jogo de agência, que atraem relativamente poucos clientes repetidos e mantêm relações de curto prazo com a maioria deles. A proporção de advogados de cada tipo se ajusta em resposta à rentabilidade das duas estratégias. **Se a associação de advogados encontra procedimentos para reduzir a rentabilidade dos advogados que iniciam litígios judiciais em comparação com aqueles que firmam acordos extrajudiciais, mais advogados vão tentar negociar extrajudicialmente as lides e menos advogados vão promover litígios perante o Poder Judiciário**³⁵

No Brasil, a regulamentação dos honorários advocatícios não representa incentivo à solução extrajudicial de litígios pelos advogados. Neste ponto, entende-se que a legislação brasileira que regulamenta os honorários advocatícios, em especial o CPC e o Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil, não encontrou formas de remunerar de forma justa o advogado que orienta o seu cliente a celebrar compromissos de ajuste de conduta. Sabe-se que os honorários podem ser contratuais (são os convencionados entre as partes, mediante contrato escrito, independente do resultado da atuação do advogado) e sucumbenciais (os honorários devidos pela parte vencida ao advogado da parte vencedora no curso do processo). O CPC de 2015 alterou significativamente a disciplina dos honorários advocatícios, fixando em seu art. 85 honorários sucumbenciais na reconvenção, cumprimento de sentença, execução e também nos recursos. Estabeleceu percentual mínimo de honorários advocatícios sucumbenciais para sentenças de natureza não condenatória, a teor do art. 85, § 2º, os quais no CPC de 1973 eram fixados mediante apreciação equitativa do juiz. O CPC passou a prever também o pagamento de honorários advocatícios aos advogados públicos, incentivando uma cultura de judicialização nas ações envolvendo a Fazenda Pública, por parte daqueles que deveriam defender o erário e portanto, a celebração de acordos favoráveis ao patrimônio público e à sociedade. Tem-se assim, que o CPC, não obstante tenha buscado promover a solução consensual dos litígios, conforme consta de seu art. 3º, §§ 2º e 3º, ao disciplinar a temática dos honorários, estimulou a litigiosidade por parte dos advogados, inclusive da advocacia pública, que passa a ter os honorários como forma de remuneração.

Muito embora o Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil em seu art. 24, § 4º, preceitue o pagamento de honorários em caso de acordos celebrados entre o cliente do advogado e a parte contrária, vedando o art. 48, § 5º do Código de Ética da OAB “a diminuição dos honorários contratados em decorrência da solução do litígio por qualquer mecanismo adequado de solução extrajudicial”, tem-se que a Tabela de Honorários das seccionais da OAB tende via de regra a fixar valores de honorários mais baixos para atuações extrajudiciais

³⁵ COOTER; ULEN, op. cit., Cap. VIII, Seção 5, posição 9355-9363.

do advogado, como a participação em reuniões em órgãos públicos, consultas, etc, em comparação com a atuação em processos judiciais, situação que representa incentivo à cultura de judicialização excessiva.

Sabe-se, também, que a formação dos bacharéis em Direito no Brasil contribui também para essa cultura de litigância, fazendo-se necessária a inclusão da temática de negociação nos cursos jurídicos, o que vem sendo discutido pelo Ministério da Justiça no País.³⁶

6. Percalços no cumprimento voluntário e execução de TAC's ambientais

Outrossim, verifica-se, ainda, um déficit quanto ao cumprimento dos termos de ajustamento de conduta, os quais, após celebrados, não são devidamente cumpridos pelas partes, obrigando os membros do MP a recorrer ao Poder Judiciário para o seu cumprimento coercitivo.

Quanto ao cumprimento do ajuste, a primeira pesquisa realizada por Geisa (TAC's firmados entre 1994 a 1998) indicou que um percentual de cerca de 17% da amostra (ou seja, 12 TAC's) tiveram seus objetivos frustrados, sendo que destes, cerca de 58,3% em virtude do mero descumprimento das obrigações pactuadas. Na segunda pesquisa realizada, não foi verificado o cumprimento dos TAC's.

Neste aspecto, tendo em vista que o termo de ajuste de conduta constitui-se em título executivo extrajudicial, deve-se admitir e estimular a inclusão nos compromissos de ajustamento de conduta de instrumentos que facilitem a execução judicial dos TAC's, a exemplo da previsão de garantias de cumprimento de suas cláusulas, como a caução em dinheiro, a autorização de penhor e hipoteca de bens móveis e imóveis, com sua inscrição no cartório competente, a disponibilização de informações fiscais e bancárias pelo compromissário, etc.

Outrossim, considerando que um dos problemas quanto à execução dos TAC's é a comprovação da efetiva recuperação do meio ambiente degradado, compartilha-se do entendimento de Wilson Madeira Filho, quanto à inclusão nos compromissos de ajustamento de conduta de cláusula que preveja uma auditoria multidisciplinar ambiental, a ser custeada pelo compromitente, com o objetivo de aferir o cumprimento do ajuste (ou mesmo da sentença proferida em sede de ação civil pública).³⁷

³⁶ Vide CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO, op. cit., p. 80.

³⁷ Wilson Madeira Filho assim trata do assunto: "Sugerimos, portanto, a confecção de relatórios multidisciplinares de aferição executória das sentenças em questões ambientais, às expensas do réu ou das partes, em havendo acordo, os quais, pautados na integração entre qualidade de vida, manutenção da biodiversidade, preservação do meio ambiente e nos princípios da justiça ambiental, apontem os instrumentais necessários para a consumação da sentença, averiguando a complexidade da questão e integrando a decisão judicial à dialogia social, a partir de um colegiado *ad hoc*. Tais relatórios, a serem compostos com partes específicas e integradas, contariam com a especificidade do empreendimento contido na sentença, características dos agentes a cumprir as determinações, identificação, estrutura, viabilidade econômica, prazo, ferramentas, cronograma, projeto de execução, previsão de dificuldades operacionais, risco, pessoal envolvido, planejamento humano, impacto ambiental, impacto social, impacto cultural, instalações, melhorias, prospectivas a médio e a longo prazo." (MADEIRA FILHO, Wilson. Da denúncia à execução: a efetividade da jurisdição em matéria ambiental. In: *II Encontro da ANPPAS*. CD ROOM. Indaiatubas - SP: ANPPAS, 26 a 29 de maio de 2004. p. 24-25).

Deve-se mencionar, ademais, a possibilidade de serem firmados pelos membros do MP negócios processuais, a teor do art. 190 do CPC, os quais podem integrar o próprio conteúdo dos compromissos de ajustamento de conduta, acerca de aspectos processuais, nos termos dos artigos 16 e 17 da Resolução n.º 114 do CNMP.³⁸

Destarte, considerando que os TAC's representam uma solução alternativa ao Judiciário para a solução de conflitos, deve-se prever instrumentos que confirmem exequibilidade a estes ajustes, eliminando ou minimizando óbices ao seu cumprimento.

7. Discrecionalidade administrativa no que concerne ao mérito dos TAC's

Acsehrad conceitua os conflitos ambientais como “aqueles envolvendo grupos sociais com modos diferenciados de apropriação, uso e significação do território, tendo origem quando pelo menos um dos grupos tem a continuidade das formas sociais de apropriação do meio que desenvolvem ameaçada por impactos indesejáveis – transmitidos pelo solo, água, ar ou sistemas vivos – decorrentes do exercício das práticas de outros grupos. O conflito pode derivar da disputa por apropriação de uma mesma base de recursos ou de bases distintas mas interconectadas por interações ecossistêmicas mediadas pela atmosfera, pelo solo, pelas águas etc. Este conflito tem por arena unidades territoriais compartilhadas por um conjunto de atividades cujo “acordo simbiótico” é rompido em função da denúncia dos efeitos indesejáveis da atividade de um dos agentes sobre as condições materiais dos exercícios das práticas de outros agentes.”³⁹

Alier, por sua vez, faz alusão às denominadas correntes do ecologismo, as quais pertencem ao movimento ambientalista, tendo diversos elementos comuns e algumas diferenças. São elas: a) o culto ao silvestre; b) o evangelho da ecoeficiência e c) o ecologismo dos pobres. Segundo Alier, o culto à vida silvestre propugna a defesa da natureza intocada. Surgiu nos Estados Unidos, buscando “preservar e manter o que resta dos espaços da natureza original situados fora da influência do mercado.”⁴⁰ A ideia de criação de parques nacionais ou naturais, livres da presença humana, deriva dessa corrente do ecologismo. Nos Estados Unidos por exemplo, os parques nacionais foram criados após a expulsão dos povos indígenas de suas

³⁸ “Art. 16. Segundo a lei processual, poderá o membro do Ministério Público, em qualquer fase da investigação ou durante o processo, celebrar acordos visando constituir, modificar ou extinguir situações jurídicas processuais. Art. 17. As convenções processuais devem ser celebradas de maneira dialogal e colaborativa, com o objetivo de restaurar o convívio social e a efetiva pacificação dos relacionamentos por intermédio da harmonização entre os envolvidos, podendo ser documentadas como cláusulas de termo de ajustamento de conduta.”

³⁹ ACSELRAD, Henri (Org.). *Conflitos Ambientais no Brasil*. Rio de Janeiro: Relume Dumará, Fundação Heinrich Böll, 2004. p. 26.

⁴⁰ ALIER, Joan Martinez. *Ecologismo dos pobres: conflitos ambientais e linguagens de valoração*. 2 ed. São Paulo: Contexto, 2014. p. 22.

terras, demonstrando uma preocupação exclusiva com o meio ambiente natural. A base científica desta corrente é a biologia da conservação. A segunda corrente, denominada evangelho da ecoeficiência, preocupa-se com “os impactos ambientais ou riscos à saúde decorrentes das atividades industriais, da urbanização e também da agricultura moderna.”⁴¹ Esta corrente se preocupa com o crescimento econômico e com o desenvolvimento sustentável. Esta vertente do ambientalismo está presente nos debates ambientais da Europa e também nos Estados Unidos, locais em que grande parte da natureza original foi degradada. A base científica desta corrente é a economia ambiental e ecologia industrial. A terceira corrente é a do ecologismo dos pobres, também denominada de justiça ambiental e racismo ambiental. Esta vertente surgiu com a preocupação com o deslocamento das fontes de recursos e de despejo de resíduos para o Sul, gerando impactos ambientais e atingindo desproporcionalmente determinados grupos sociais, mediante a implementação de uma nova dinâmica de ocupação do território. Segundo Alier,

O eixo principal desta terceira corrente não é uma reverência sagrada à natureza, mas, antes, um interesse material pelo meio ambiente como fonte de condição para a subsistência; não em razão de uma preocupação relacionada com os direitos das demais espécies e e das futuras gerações de humanos, mas, sim, pelos humanos pobres de hoje.”⁴²

No caso em epígrafe, faz-se necessária a reflexão acerca da atuação do MP nos conflitos ambientais, em que muitas vezes o enfoque dado reside apenas na proteção ao meio ambiente natural (culto à vida silvestre) e no acompanhamento dos impactos de uma determinada atividade econômica (evangelho da ecoeficiência). No âmbito do MPF, com a realização de diálogo interno entre a 4ª e 6ª CCR, pode-se afirmar que a instituição já há algum tempo tem demonstrado preocupação com a proteção dos povos indígenas e populações tradicionais que ocupam espaços protegidos, como unidades de conservação integral. Neste sentido, destaca-se manual interno do MPF, produzido pela 6ª CCR, denominado “Territórios de Povos e Comunidades Tradicionais e as Unidades de Conservação de Proteção Integral- Alternativas para o Asseguramento de Direitos Socioambientais”⁴³

Entretanto, deve-se ressaltar que a atuação do MPF tem guardado foco ainda no culto ao silvestre, mormente em situações de injustiça ambiental que envolvem os direitos de parcelas da população não reputadas tradicionais, casos em que a divisão interna do MPF em

⁴¹ Ibid, p. 26.

⁴² Ibid, p. 34.

⁴³ BRASIL. Ministério Público Federal. 6ª Câmara de coordenação e revisão, 6. *Territórios de povos e comunidades tradicionais e as unidades de conservação de proteção integral: alternativas para o asseguramento de direitos socioambientais*. Coordenação Maria Luiza Grabner. Brasília: MPF, 2014.

PFDC (Procuradoria Federal dos Direitos do Cidadão) e 4ª CCR faz com que os procuradores com atuação na 4ª CCR foquem a sua atuação apenas na proteção ao meio ambiente natural, não raro remetendo à PFDC ou mesmo à Defensoria Pública a atuação no que pertine aos impactos sociais da atividade econômica, sob o argumento de que se trata de direitos individuais. Ocorre que a divisão do tratamento destas questões não é recomendável, haja vista que os conflitos ambientais devem ser analisados em toda a sua complexidade. Neste sentido, Morin, ao tratar do pensamento sistêmico ou complexo:

De toda parte surge a necessidade de um princípio de explicação mais rico do que o princípio de simplificação (separação/redução), que podemos denominar princípio de complexidade. É certo que ele se baseia na necessidade de distinguir e analisar, como o precedente, mas, além disso, procura estabelecer a comunicação entre aquilo que é distinguido: o objeto e o ambiente, a coisa observada e seu observador.⁴⁴

Segundo Capra,

De acordo com a visão sistêmica, as propriedades essenciais de um organismo, ou sistema vivo, são mais propriedades do todo, que nenhuma das partes possui. Elas surgem das interações e das relações entre as partes. Essas propriedades são destruídas quando o sistema é dissecado, física ou teoricamente, em elementos isolados. Embora possamos discernir partes individuais em qualquer sistema, essas partes não são isoladas, e a natureza do todo é sempre diferente da mera soma de suas partes.

(..)

O pensamento sistêmico é “contextual”, o que é o oposto do pensamento analítico. A análise significa isolar alguma coisa a fim de entendê-la; o pensamento sistêmico significa colocá-la no contexto de um todo mais amplo.⁴⁵

Lógico que é sempre possível a atuação em conjunto entre diferentes membros do Ministério Público (por exemplo entre 4ª e 6ª CCR ou 4ª e PFDC), com outras instituições incumbidas da tutela coletiva, mas a não atuação do Ministério Público em conflitos ambientais, somente porque não se verifica povos indígenas ou tradicionais envolvidos não se justifica.⁴⁶ Veja-se que no site do MPF a Câmara de Meio Ambiente e Patrimônio Cultural,

⁴⁴ MORIN, Edgar. *Ciência com consciência*. 12 ed. Rio de Janeiro: Bertrand, 2008. p. 30.

⁴⁵ CAPRA, Fritjof. *A teia da vida: uma nova compreensão científica dos sistemas vivos*. São Paulo: Cultrix, 2007. p. 40.

⁴⁶ Mais informações podem ser obtidas no sítio eletrônico: < <http://www.mpf.mp.br/atualizacao-tematica/ccr4> > Estes são só casos de conflitos ambientais que atingem, por exemplo, a população urbana, ou agricultores de uma determinada área, em caso de empreendimento sujeito à licenciamento federal ou realizado em unidade de conservação federal.

denominada 4ª Câmara, é designada para atuação em assuntos de “Flora, Fauna, áreas de preservação, gestão ambiental, reservas legais, zona costeira, mineração, transgênicos, recursos hídricos e preservação do patrimônio cultural”, dando enfoque à proteção do meio ambiente natural. Talvez o site pudesse fazer referência como área de atuação à temática de conflitos socioambientais, de forma a esclarecer ao Procurador que a atuação da Câmara não se restringe ao meio natural, englobando também os conflitos sociais decorrentes do uso do território (ainda que tal atuação seja realizada em conjunto entre os membros da 4ª CCR e PFDC ou 6ª CCR).

8. Crítica à solução negociada dos conflitos ambientais e despolitização

Vários autores e estudiosos tem empreendido críticas quanto à utilização de meios alternativos de solução de litígios para os conflitos ambientais (dentre outras disputas envolvendo direitos humanos), a exemplo do TAC, mediação, conciliação e arbitragem. Segundo estes autores, a utilização destes meios alternativos de solução de conflitos despolitizam os conflitos na seara ambiental, enfatizando não a justiça social, mas a harmonia e eficiência. Esta despolitização decorreria do fato de que em nome do consenso e da eficiência, são ignorados os conflitos de valores e princípios referentes à distribuição dos recursos ambientais.

Segundo Ascerald,

Tecnologias de formação de consenso são então formuladas de modo a caracterizar todo litígio como problema a ser eliminado. E todo conflito remanescente tenderá, conseqüentemente, a ser visto como resultante da carência de capacitação para o consenso e não como expressão de diferenças reais entre atores e projetos sociais, a serem trabalhadas no espaço público.⁴⁷

En este contexto llama particularmente la atencion el esfuerzo progresivamente generalizado de creacion, en numerosos paises de America Latina, de proyectos dirigidos hacia la diseminacion de tecnologias de resolucion de conflictos ambientales². En muchos casos, dichas iniciativas, originadas en instituciones con sede en paises centrales, orientadas hacia la “capacitacion” de entidades y comunidades de paises del capitalismo periferico, se proponen difundir modelos de analisis y acciones que presuponen que la “falta de instituciones” da origen a conflictos ambientales, y que la paz y la armonia deben provenir de un proceso de despolitizacion de los litigios a traves de tacticas de negociacion directa capaces de proveer, segun su propia terminologia, “dividendos mutuos”. Se trata, por lo tanto, de psicologizar el disentimiento, prevenir conflictos y tecnificar el trata-

⁴⁷ ACSELRAD, 2004, op. cit., p. 29.

miento que se les da por medio de reglas y manuales destinados a transformar los “puntos calientes” en “comunidades de aprendizaje”⁴⁸

No caso em epígrafe, entende-se que o membro do MP e os legitimados à tutela coletiva devem avaliar cada caso concreto, trabalhando a percepção de que determinados litígios podem e devem ser resolvidos extrajudicialmente; entretanto, outros, dado os embates travados entre as partes, quanto à utilização dos recursos naturais, ou do território, devem ser objeto de debate na esfera pública, não cabendo a pressão pela resolução do conflito, em nome de harmonia, eficiência e paz social.

9. Considerações finais

A atuação extrajudicial do Ministério Público tem sido de grande importância para a proteção do meio ambiente no País, mediante instrumentos como os compromissos de ajustamento de conduta, as recomendações, os inquéritos civis, dentre outros.

Considerando o princípio da precaução, tem-se que esta atuação tem contribuído significativamente para a prevenção de danos ambientais no Brasil, sendo de grande relevo também para a recuperação do meio ambiente degradado, em caso de ilícitos ambientais, mormente num País em que muitas vezes os danos ao meio ambiente são causados pelo próprio Poder Público e em que ainda é diminuta a participação de associações da sociedade civil nessa seara.

O sistema brasileiro de proteção aos direitos transindividuais, constituído no Brasil pelas Leis n.º 8080/1990 e n.º 7347/1985, tem sido peça chave para a proteção dos direitos fundamentais no País e consolidação da democracia.

O Ministério Público, após o trintenário de vigência da Constituição cidadã de 1988, tem aperfeiçoado a sua atuação na proteção dos direitos transindividuais, principalmente na esfera extrajudicial e ambiental, investindo na capacitação de seus membros e servidores (analistas e técnicos), no diálogo com outras instituições do sistema de justiça (como o Poder Judiciário, a Defensoria, as advocacias pública e privada) e com entidades, associações da sociedade civil e lideranças comunitárias, criando instrumentos para a publicidade, transparência e efetividade de sua atuação.

Entende-se que não obstante as dificuldades enfrentadas pela atuação extrajudicial do Ministério Público na proteção do meio ambiente, os compromissos de ajustamento de conduta, ao lado dos inquéritos civis e das recomendações constituem-se nos instrumentos mais adequados para a proteção dos direitos transindividuais no Brasil e promoção da justiça socioambiental.

⁴⁸ ACSELRAD, Henri; BEZERRA, Gustavo das Neves; GAVIRIA, Edwin Munoz. Inserción económica internacional y “resolución negociada” de conflictos ambientales en América Latina. *Revista de Estudios Urbano Regionales - Revista EURE*, Santiago de Chile, v. 36, nº 107, p. 28-29, abr. 2010.

O Ministério Público, ao lado de outras instituições do sistema de justiça como a Defensoria Pública, tem tido uma atuação de natureza preventiva, efetiva e participada na proteção do meio ambiente e dos demais direitos fundamentais, buscando o Poder Judiciário como *ultima ratio*, após esgotadas as possibilidades de resolução extrajudicial do litígio, nos termos do art. 3º § 3º do CPC.

Referências

- 4ª CÂMARA: Meio Ambiente e Patrimônio Cultural. *Ministério Público Federal*, Brasília, [S.d.].
- ACSELRAD, Henri (Org.). *Conflitos ambientais no Brasil*. Rio de Janeiro: Relume Dumará, Fundação Heinrich Böll, 2004.
- ACSELRAD, Henri; BEZERRA, Gustavo das Neves; GAVIRIA, Edwin Munoz. Inserción económica internacional y “resolución negociada” de conflictos ambientales en América Latina. *Revista de Estudios Urbano Regionales – Revista EURE*, Santiago de Chile, v. 36, nº 107, p. 27-47, abr. 2010.
- ALIER, Joan Martinez. *Ecologismo dos pobres: conflitos ambientais e linguagens de valoração*. 2 ed. São Paulo: Contexto, 2014.
- ALVAREZ, Alejandro Bugallo. Análise econômica do Direito: contribuições e desmistificações. *Revista Direito, Estado e Sociedade*, Rio de Janeiro, v.9, n.29, p 49-68, jul./dez. 2006.
- ATUAÇÃO do MPF. Caso Samarco: Linha do tempo. *Ministério Público Federal*, Brasília, [S.d.]. Disponível em: < <http://www.mpf.mp.br/grandes-casos/caso-samarco/atuacao-do-mpf/linha-do-tempo> > Acesso em: 22 jul. 2020.
- BRASIL. Ministério Público Federal. 4ª Câmara de coordenação e revisão. *Relatório de atividades 2017*. Brasília: MPF, 2019. Disponível em: <http://mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr4/dados-da-atuacao/publicacoes/relatorios/relatorios-de-atividades/Relatorio_de_Atividades_2017.pdf> Acesso em 25 jul. 2020.
- BRASIL. Ministério Público Federal. 6ª Câmara de coordenação e revisão, 6. *Territórios de povos e comunidades tradicionais e as unidades de conservação de proteção integral: alternativas para o asseguramento de direitos socioambientais*. Coordenação Maria Luiza Grabner. Brasília: MPF, 2014. Disponível em: <<http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr6/documentos-e-publicacoes/manual-de-atuacao/docs/manual-de-atuacao-territorios-de-povos-e-comunidades-tradicionais-e-as-unidades-de-conservacao-de-protecao-integral>> Acesso em: 26 jul. 2020.
- BULLARD, Robert. Comentários e debates. In: SELENE, Herculano; PACHECO, Tania (Org.). *Racismo ambiental*. Rio de Janeiro: FASE, 2006.
- CAPRA, Fritjof. *A teia da vida: uma nova compreensão científica dos sistemas vivos*. São Paulo: Cultrix, 2007.
- CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO. *Manual de negociação e mediação para membros do Ministério Público*. 2 ed. Brasília: CNMP, 2015.
- COOTER, Robert; ULEN, Thomas. *Derecho y economía*. México: Fondo de Cultura Económica. Edición electrónica, 2017.
- DADOS de atuação da 4CR: Grupo de trabalho. *Ministério Público Federal*, Brasília,

[S.d.]. Disponível em: <<http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr4/dados-da-atuacao/grupos-de-trabalho>>. Acesso em: 25 jul. 2019.

FERRARESI, Eurico. Limites da atuação do Ministério Público no inquérito civil. In: CUNHA, Rogério Sanches; TAQUES, Pedro; GOMES, Luis Flávio. *Limites constitucionais da investigação*. São Paulo: RT, 2009. p. 72-86.

FONSECA, Bruno Gomes Borges da. *Compromisso de ajustamento de conduta*. São Paulo: LTR, 2013.

GADELHA, Luciana F Portal Lima. *O Ministério Público, o inquérito civil e o devido processo legal*. 2019. Dissertação (Mestrado Profissional em Justiça Administrativa) – Faculdade de Direito, Universidade Federal Fluminense, Niterói, 2019.

GAVRONSKI, Alexandre Amaral. *Técnicas extraprocessuais de tutela coletiva*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

HABERMAS, Jürgen. *Consciência moral e agir comunicativo*. Tradução Guido Antonio de Almeida. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1989. (Biblioteca Tempo Universitário, 84 – Série Estudos Alemães).

HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Tradução Flávio Beno Siebeneichler. v. II. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

HANSEN, Gilvan Luiz. Os elementos utópicos na concepção habermasiana de situação ideal de fala. In: MÜLLER, Maria Cristina; CENCI, Elve Miguel (Org.). *Ética, política e linguagem: confluências*. v. 1. Londrina: Edições CEFIL, 2004. p. 124-138.

LIMA, Bernardo Silva de. *A arbitrabilidade do dano ambiental e seu ressarcimento*. Salvador: UFBA, 2009.

MADEIRA FILHO, Wilson. Da denúncia à execução: a efetividade da jurisdição em matéria ambiental. In: *II Encontro da ANPPAS*. CD ROOM. Indaiatubas – SP: ANPPAS, 26 a 29 de maio de 2004. p. 24-25.

MADEIRA FILHO, Wilson; SIMON, Alba. Tecnocracia e conflitos socioambientais: o difícil percurso para a consolidação de uma epistemologia ambiental. In: CARLI, Ana Alice De; SANTOS, Fabiane Soares dos; SEIXAS, Marcus Wagner (Orgs.). *A tecnologia em prol do meio ambiente*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016. p. 215-228.

MAZZILI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo*. 29 ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

MORIN, Edgar. *Ciência com consciência*. 12 ed. Rio de Janeiro: Bertrand, 2008.

MPF serviços. *Ministério Público Federal*, Brasília, [S.d.]. Disponível em: <<http://www.mpf.mp.br/mpfservicos>> Acesso em: 23 jul. 2020.

PAIVA, Marcela da Costa Moreira; PAUSEIRO, Sérgio Gustavo de Mattos. Ética na arbitragem. *Revista Controversia*, Ourense, ano 1, p. 1-16, 2019. Disponível em: < <https://www.revistacontroversia.es/revistas.php> > Acesso em: 26 jul. 2020.

PERLINGEIRO, Ricardo. A tutela judicial do direito público à saúde no Brasil. *Di-
reito, Estado e Sociedade*, Rio de Janeiro, n.41, p. 184-203 jul./dez. 2012.

ROCHA, Rúsvel Beltrame. Devido processo legal, direitos fundamentais e inquérito
civil público. *Revista da PGM Belo Horizonte*, Belo Horizonte, ano 2, n. 3, jan./ jun. 2009.

RODRIGUES, Geisa de Assis. *Ação civil pública e termo de ajustamento de conduta.
Teoria e prática*. 3 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

VIÉGAS, Rodrigo Nuñez; PINTO, Raquel Giffoni; GARZON, Luis Fernando No-
voa. *Negociação e acordo ambiental: o Termo de Ajustamento de Conduta (TAC) como forma
de tratamento dos conflitos ambientais*. Rio de Janeiro: Fundação Heinrich Böll, 2014.

Parte 4

Consensualidade

Capítulo 11: Soluções Consensuais Relacionadas à Fazenda Pública: o Exemplo das Desapropriações “Amigáveis” | *Guilherme Calmon Nogueira da Gama* - 273

Capítulo 12: O Direito Administrativo do Consenso e a Necessidade do “Novo Normal” | *Bernard dos Reis Alô* - 292

Capítulo 13: Cabimento da Mediação e Conciliação no Direito Administrativo | *Alexandre Lins Giraldes* - 309

Capítulo 11

Soluções Consensuais Relacionadas à Fazenda Pública: o Exemplo das Desapropriações “Amigáveis”

Guilherme Calmon Nogueira da Gama

Resumo

Desde meados do século XX, o Direito brasileiro tem passado por mudanças relativas às questões envolvendo a Administração Pública e seus litígios com cidadãos, que têm impactado o funcionamento do sistema de justiça. Fundado nos projetos e atividades desenvolvidas pelo Conselho Nacional de Justiça, o sistema vem se aprimorando para implementar órgãos, institutos e normas de modo a obter a solução consensual dos conflitos. De modo a permitir o desenvolvimento de tais questões, o tema da deferência judicial na perspectiva do Direito brasileiro foi escolhido sob o enfoque do papel do Poder Judiciário na questão da desapropriação de imóvel, não apenas em aspectos polêmicos relativos à desapropriação amigável (ou consensual), mas também nos aspectos referentes à desapropriação judicial e nos limites do Poder Judiciário. O artigo pretende desenvolver tais aspectos sob a perspectiva de um novo modelo de resolução de conflitos na sociedade contemporânea, com a correta e efetiva identificação de mecanismos para solução de acordo com os princípios constitucionais para permitir o acesso à justiça, mesmo nos conflitos envolvendo a Administração Pública.

Palavras-chave

Acesso à justiça, deferência judicial, administração pública.

Sumário

1. Introdução
2. Desapropriação no Brasil
3. Desapropriação amigável
4. Desapropriação judicial
5. Nota conclusiva

1. Introdução

Desde meados da década de noventa o Direito brasileiro vem experimentando uma mudança no tratamento das questões relacionadas à Administração Pública e aos seus litígios com cidadãos, o que vem impactando o funcionamento do sistema de justiça. Com base em projetos e atividades desenvolvidas pelo Conselho Nacional de Justiça, vem se desenvolvendo um sistema voltado à implementação de órgãos, institutos e normas voltados à solução consensual de conflitos, como se verifica na formação dos Núcleos e Centros Judiciais de Resolução Adequada de Conflitos através das técnicas de conciliação, mediação, negociação, entre outras. O Código de Processo Civil brasileiro, cuja vigência se iniciou em 2016, estimula a busca da solução consensual dos conflitos, tal como se observa em várias regras nele estabelecidas.

No âmbito deste movimento voltado à solução consensual de conflitos – que se insere na temática do acesso à justiça –, também se identifica o controle judicial sobre atos da Administração Pública, pois o dogma da indisponibilidade do interesse público relacionado à atuação administrativa é objeto de revisitação e reorientação.

A Lei n. 13.140/15 expressamente contempla a possibilidade de a Administração Pública atuar em questões relativas à solução consensual de conflitos entre o Poder Público e o cidadão. Na realidade, há algum tempo o Direito brasileiro reconhece tal possibilidade de acordos entre a Administração Pública e o cidadão, como nos exemplos da desapropriação amigável (ou consensual) e do termo de ajustamento de conduta em matéria de interesse coletivo, difuso ou social. No ano de 2019 foi promulgada a Lei n. 13.867, que passou a especificar o procedimento a ser observado nos casos de desapropriação consensual, bem como expressamente previu a opção da desapropriação decorrer de solução pela mediação extrajudicial ou pela arbitragem.

O movimento de acesso à justiça, baseado na vertente da informalidade quanto à efetividade da solução dos conflitos, através da cooperação entre os sujeitos envolvidos, exige a atenção a respeito das importantes questões que possam estar submetidas ao controle judicial. O juiz contemporâneo precisa atuar na perspectiva da busca da solução efetiva do conflito, o que pode ocorrer sob a forma de solução consensual, de modo mais rápido, menos custoso e com maior eficácia social.¹ As normas que tratam da jurisdição e do processo devem ser iluminadas na perspectiva da efetividade da solução do conflito através de cooperação dos sujeitos envolvidos, almejando o verdadeiro acesso à justiça em sentido amplo.

Tais considerações devem servir também de fundamento para a Administração Pública e seus administrados, notadamente no Estado Democrático de Direito, no qual se re-

¹ GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da; MEDEIROS, Maria Lúcia Sucupira. Métodos adequados de solução de conflitos da Justiça Restaurativa frente ao Novo Código de Processo Civil. *Revista Quaestio Juris*, Rio de Janeiro, v. 10, n. 4, p.15, 2017.

velam importantes os direitos fundamentais das pessoas também nas relações jurídicas com a Administração Pública. O emprego de instrumentos e métodos para a busca da solução consensual não representa o fracasso da proteção judicial. Ao revés: o estágio atual reforça a atuação do sistema de justiça naqueles casos nos quais realmente não será possível uma solução negociada.

Não se revela mais possível manter a concepção de que a jurisdição é o único mecanismo de solução de conflitos no âmbito da sociedade contemporânea, cada vez mais complexa, multifacetada e carente da concretização dos direitos fundamentais. Deve ser preservado o princípio constitucional de independência e harmonia entre os poderes da República brasileira e, por óbvio, será reservado espaço para o exercício de algum controle judicial sobre os acordos envolvendo os cidadãos e a Fazenda Pública, mas o desafio é identificar quais são os limites da jurisdição nestes casos.

De modo a permitir o desenvolvimento de tais questões, optou-se pelo tema da deferência judicial no âmbito do Direito brasileiro quanto à atuação do Poder Judiciário no tema da desapropriação de imóveis no Brasil, não somente nas questões relacionadas à desapropriação “amigável” (ou consensual), mas também nos aspectos referentes à desapropriação judicial e aos limites da atuação do Poder Judiciário. Em ambos os temas – desapropriação consensual e desapropriação judicial – há algumas polêmicas que merecem maior reflexão e que identificam os limites do exercício da função jurisdicional nas questões que podem envolver a transferência forçada de bens de particulares para a Administração Pública (em sentido amplo).

A implantação de projetos de infraestrutura no Brasil – construção de uma rodovia, uma usina hidrelétrica ou um distrito industrial –, tal como ocorre em vários países, envolve a efetivação de inúmeras desapropriações e remoções relacionadas às áreas abrangidas, exigindo que haja o desalojamento de considerável número de pessoas. Nos casos de projetos *green-field* – relativos à implantação de empreendimento novo (do “zero”) –, é essencial que sejam buscados mecanismos para tornar tais providências administrativas mais céleres e, simultaneamente, mais justas para as pessoas atingidas.²

Recentemente, em julgado do Supremo Tribunal Federal brasileiro reconheceu-se a existência de um “dever de deferência do Judiciário” quanto às decisões tomadas por agências reguladoras em razão de dois fundamentos: a) ausência de *expertise* e capacidade institucional dos órgãos do Poder Judiciário para decidir sobre intervenções regulatórias, “que envolvem questões policêntricas e prognósticos especializados”; b) possibilidade de a revisão judicial

² PEREIRA, Anna Carolina Migueis. Desapropriações e remoções na implantação de projetos de infraestrutura: entre avanços e oportunidades perdidas. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de; PEREIRA, Anna Carolina Migueis; LISBOA, Letícia Lobato Anicet (Coords.). *Regulação e infraestrutura*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2018. p. 355.

acarretar “efeitos sistêmicos nocivos à coerência e dinâmica regulatória administrativa”.³ Em outras palavras: houve reconhecimento expresso a respeito da existência de limites da atuação do Poder Judiciário em determinados tipos de controle sobre atos da Administração Pública, o que reforça a ideia da constante observância do princípio da independência e harmonia entre os Poderes da República brasileira.

O trabalho busca desenvolver tais pontos sob a ótica de um novo modelo de solução de conflitos na sociedade contemporânea, identificando mecanismos apropriados e efetivos para a solução em conformidade com os princípios constitucionais de modo a permitir o acesso à justiça, mesmo nas questões que envolvem a Administração Pública.

2. Desapropriação no Brasil

Desde a Constituição de 1824 (art. 179, XII), o Brasil garante o direito de propriedade privada, mas já ressalvava a possibilidade de desapropriação de bens particulares com base nas hipóteses previstas em lei ordinária, o que naquela época ocorreu com a edição da Lei n. 422, de 1826, que tratou dos casos de desapropriação baseados em necessidade pública e utilidade pública. No século XX, o Decreto-Lei n. 3.365, de 1941, passou a tratar das desapropriações baseadas nas hipóteses de utilidade pública, sendo que posteriormente a Constituição de 1946 (art. 147) instituiu a desapropriação por interesse social e, assim, foi editada a Lei n. 4.132, de 1962, para regulamentar no plano infraconstitucional tal modalidade de desapropriação.

Com a promulgação da Constituição Federal de 1988, reafirmou-se a possibilidade da desapropriação por utilidade pública ou por interesse social (art. 5º, inciso XXIV), tendo sido introduzidas duas novas modalidades de desapropriação, relacionadas ao não cumprimento da função social da propriedade urbana (art. 182, § 4º, III) e da função social da propriedade rural (art. 184). As novas modalidades são denominadas desapropriação-sanção ao proprietário que não atende aos interesses sociais, difusos e coletivos exigíveis por previsão legal, através de um procedimento administrativo que gera a perda da propriedade sobre o bem imóvel – urbano ou rural.

Na doutrina brasileira, a desapropriação se fundamenta na noção da existência de um domínio eminente do Poder Público sobre todos os bens, ou seja, que há “um poder que o Estado exerce sobre todas as coisas que estão em seu território; poder inerente à própria ideia de soberania”.⁴ O Estado de Direito sempre reconheceu o direito de propriedade privada, sendo que a noção de função social conforma e limita a propriedade privada, de maneira a também autorizar sua perda quanto ao particular, desde que haja prévia e justa indenização,

³ BRASIL. STF. Agravo Regimental no Recurso Extraordinário n. 1.083.955, 1ª Turma, Relator Ministro Luiz Fux. Brasília, 28 de maio de 2019. Publicado no Diário de Justiça Eletrônico de 07 jun. 2019.

⁴ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 19 ed. São Paulo: Ed. Atlas, 2006. p. 182.

quando for necessária ao atingimento de um interesse público *lato sensu*.⁵ A desapropriação é forma originária de aquisição da propriedade do bem e, por isso, não subsistirão eventuais gravames que antes dela pudessem existir sobre o imóvel, como por exemplo a hipoteca em favor de terceiro.

A desapropriação corresponde a um procedimento administrativo através do qual o Poder Público – União, Estados, Municípios ou Distrito Federal – ou seus delegados, mediante prévia declaração de utilidade pública ou interesse social, impõe a perda de um bem – móvel ou imóvel – de um cidadão (particular), compensando-o em seu patrimônio com uma justa indenização, normalmente em dinheiro.⁶ Nas hipóteses de desapropriação-sanção, o pagamento da indenização é feito em títulos da dívida pública, e não em valor pecuniário.

A Lei Geral de Desapropriação, no Brasil, é o Decreto-Lei n. 3.365/41, editado ainda no período do Governo Getúlio Vargas, mas houve a edição de outros textos legislativos para regularem aspectos da desapropriação por interesse social (Lei n. 4.132/62), a desapropriação-sanção de imóvel rural (Lei Complementar n. 76/93 e Lei n. 8.629/93) e a desapropriação-sanção de imóvel urbano (Lei n. 10.257/01). Com a promulgação da Constituição Federal de 1988 e a edição da Lei n. 9.784/99 – que cuida de normas sobre o processo administrativo na Administração Pública federal –, as regras sobre desapropriação das diversas leis terão que considerar as normas constitucionais e as normas legais sobre o processo administrativo.⁷

O Decreto-Lei n. 3.365/41 é considerado um marco normativo das desapropriações, mas se ressentia de características predominante autoritárias e com insuficiente preocupação com o expropriado, mais especificamente no campo patrimonial relativo à indenização pecuniária.⁸ A efetivação da desapropriação gera a extinção da propriedade privada sobre determinado bem, e se baseia na característica da autoexecutoriedade dos atos administrativos em geral, o que no entanto, não deve excluir o emprego de novos paradigmas do Direito Administrativo brasileiro. Assim, deve-se levar em consideração as noções relacionadas à consensualidade e à democratização envolvendo a Administração Pública.⁹ Com base nesta linha de pensamento houve a edição da Lei n. 13.867/2019 que acrescentou novas regras ao Decreto-Lei n. 3.365/41, especialmente no que se refere à busca da solução consensual da desapropriação de imóveis.

⁵ PORTELA, Felipe Mêmolo. Desapropriação amigável: revisitação do tema à luz do Direito Administrativo contemporâneo. *Revista Argumenta*, Jacarezinho, n. 21, p. 104, 2014.

⁶ DI PIETRO, op. cit., p. 170.

⁷ PORTELA, op. cit., p. 103.

⁸ PEREIRA, Anna Carolina Migueis. Desapropriações e remoções na implantação de projetos de infraestrutura: entre avanços e oportunidades perdidas. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de; PEREIRA, Anna Carolina Migueis; LISBOA, Letícia Lobato Anicet (Coords.). *Regulação e infraestrutura*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2018. p. 356.

⁹ PEREIRA, op. cit., p. 370.

No Direito brasileiro, a desapropriação se realiza por meio de uma sucessão de atos previstos em lei e que tendem a gerar a incorporação do bem ao patrimônio público. Tal procedimento compreende duas fases: a fase declaratória e a fase executiva, sendo que a última pode se dividir em uma etapa administrativa e outra judicial.¹⁰ Na fase declaratória, a Administração Pública declara a utilidade pública ou o interesse social do bem para fins de promover sua desapropriação. Tal declaração pode ser feita por meio de Decreto do Chefe do Poder Executivo ou por meio de lei editada pela Casa Legislativa (Decreto-Lei n. 3.365/41, arts. 6º e 8º), sendo que no último caso caberá ao Poder Executivo empregar as medidas necessárias para promover a desapropriação. Desde a declaração de utilidade pública ou de interesse social do imóvel, o proprietário se sujeita às providências e operações desenvolvidas pela Administração Pública de modo a permitir a efetivação da desapropriação. Segundo a doutrina, “trata-se de decisão executória do Poder Público, no sentido de que não depende de título fornecido pelo Poder Judiciário para subjugar o bem”.¹¹

A declaração de utilidade pública ou de interesse social do bem também gera o efeito de fixar o estado do bem e, por isso, o ato da Administração – Decreto ou Lei – deverá conter a descrição do bem expropriado, inclusive para fins de consideração do valor de indenização a ser pago ao cidadão (ex-proprietário).

Há controvérsia doutrinária sobre se a deliberação administrativa sobre a desapropriação na primeira fase deve contar com a participação do possível expropriado,¹² pois a Constituição Federal condiciona a privação dos bens particulares ao devido processo legal (art. 5º, inciso LIV). No Direito português, à luz do Código de Expropriações (Lei n. 168/99), há a previsão de um procedimento anterior à declaração de utilidade pública do bem para fins de desapropriação. De acordo com a lei portuguesa, o ato de “resolução de expropriar” deve prever os encargos do Poder Público com a expropriação, baseados em perícia, sendo que o possível expropriado e demais interessados são formalmente notificados para poderem se manifestar, ocasião em que é possível a apresentação de contraproposta¹³. Se o proprietário recusar a proposta ou não responder após a notificação recebida, o ente expropriante poderá apresentar o requerimento para declaração de utilidade pública do bem para fins de desapropriação. Tal exemplo tem sido utilizado para a orientação doutrinária no sentido de que a Lei Geral de Desapropriação no Brasil deve ser reinterpretada à luz da Constituição Federal e da Lei n. 9.784/99 (art. 3º, II), de modo que o interessado seja notificado sobre a instauração do processo administrativo que envolva bem do seu patrimônio, para poder se manifestar e

¹⁰ DI PIETRO, op. cit., p. 174.

¹¹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 19 ed. São Paulo: Ed. Atlas, 2006. p. 175.

¹² PORTELA, Felipe Mêmolo. Desapropriação amigável: revisitação do tema à luz do Direito Administrativo contemporâneo. *Revista Argumenta*, Jacarezinho, n. 21, p. 113, 2014.

¹³ Ibid, p. 114.

produzir provas a respeito¹⁴. Devido à edição da Lei n. 13.867/2019, no Brasil o poder público deverá notificar o proprietário do imóvel, apresentando a oferta do valor da indenização (art. 10-A, do Decreto-Lei n. 3.365/41). Tal notificação deverá conter a cópia do ato de declaração de utilidade pública do imóvel, sua planta e descrição (inclusive suas confrontações com outros imóveis vizinhos), o valor da oferta e a informação de que o prazo para aceitar ou rejeitar a oferta é de quinze dias, sendo que o silêncio a respeito da notificação será considerado como rejeição à oferta do valor da indenização. Outra novidade formal recentemente introduzida na legislação brasileira é a previsão da escolha da mediação ou da arbitragem para a solução da desapropriação do imóvel (art. 10-B, do Decreto-Lei n. 3.365/41, incluído pela Lei n. 13.867/2019). No caso da opção pela mediação extrajudicial para a solução da desapropriação, deverá ser observado o disposto na Lei Geral de Mediação (Lei n. 13.140/2015). Ao revés, se a opção for pela arbitragem, terá ser observada a Lei n. 9.307/1996 e, subsidiariamente, os regulamentos do órgão ou instituição responsável pela via arbitral.

Após a declaração do Poder Público, somente serão indenizadas algumas benfeitorias (necessárias e úteis, estas se autorizadas pela Administração), à luz do art. 26, § 1º, do Decreto-Lei n. 3.365/41).

A segunda fase do procedimento de desapropriação é a fase executória que compreende as medidas necessárias à concretização da desapropriação, e se desdobra em uma etapa administrativa e, se for o caso, outra judicial. Nesta fase, especificamente no plano administrativo, pode haver acordo entre o Poder Público (expropriante) e o cidadão a respeito do valor da indenização, caso em que deverão ser providenciadas as medidas para atender às formalidades para fins de transferência da propriedade do bem, exigindo-se a escritura pública quando se tratar de bem imóvel, que deverá ser registrada no Cartório de Registro de Imóveis. Há casos, no entanto, que o Poder Público desconhece quem é o proprietário do bem e, por isso, promove a ação de desapropriação que prescinde de se saber quem é o titular do imóvel.¹⁵

Não havendo acordo entre o Poder Público e o proprietário particular do bem, ou não sendo conhecido o proprietário, haverá a etapa judicial da desapropriação, com ajuizamento da ação, com observância do procedimento previsto no Decreto-Lei n. 3.365/41 (arts. 11 a 30), que também é seguido nas hipóteses de desapropriação por interesse social fundadas na Lei n. 4.132/62 (art. 5º). No caso de desapropriação para fins de reforma agrária, o procedimento é aquele tratado na Lei Complementar n. 76/93.

No âmbito do processo judicial, em havendo acordo a respeito do preço, a decisão judicial será meramente homologatória, servindo de título para o registro no Cartório de Registro de Imóveis. Em momento mais apropriado será abordado o tema referente ao objeto da ação de desapropriação, e os limites previstos na lei a respeito da matéria que pode ser

¹⁴ Ibid., p. 115.

¹⁵ DI PIETRO, op. cit., p. 177.

discutida no processo (Decreto-Lei n. 3.365/41, art. 20), sendo vedado ao Poder Judiciário decidir se o caso é ou não de desapropriação por utilidade pública no âmbito da ação de desapropriação (Decreto-Lei n. 3.365/41, art. 9°).

Na hipótese de desapropriação para fins de reforma agrária, a lei somente exclui da resposta do réu (proprietário do imóvel) a apreciação do “interesse social declarado” no ato da Administração Pública (Lei Complementar n. 76/93), mas é possível que o proprietário requeira que a desapropriação também abranja a área remanescente quando a superfície do imóvel não atingida for inferior à área de pequena propriedade rural ou houver prejuízo substancial nas condições de exploração econômica do bem, caso em que o valor da área remanescente é inferior ao da área atingida pela declaração do Poder Público (Lei Complementar n. 76/93, art. 4°). É o denominado “direito de extensão”, com a inclusão da parte do imóvel que teria se tornado inaproveitável devido à desapropriação da área original.¹⁶

O direito à indenização em favor do ex-proprietário do bem é de natureza pública, sendo que a indenização deverá ser prévia, justa e, em regra, em dinheiro, com base no ordenamento jurídico brasileiro, e não existirá em casos de confisco de bem, como nas hipóteses previstas no art. 243, da Constituição Federal, que trata da expropriação sem indenização de imóveis urbanos ou rurais onde forem localizadas plantações de psicotrópicos ou houver exploração de mão de obra escrava. O confisco não se confunde com a desapropriação.

Se o valor da indenização for pago a pessoa diversa do proprietário, no curso da ação de desapropriação, não haverá invalidação da desapropriação, eis que o bem expropriado não poderá ser objeto de reivindicação, mesmo que fundada em alegação de nulidade do processo expropriatório (Decreto-Lei n. 3.365/41, art. 35).

À luz da Constituição Federal de 1988, há algumas premissas que norteiam o quadro normativo brasileiro: a) o direito de propriedade privada é assegurado, mas sempre conformado pela sua função social; b) o ato de desapropriação é possível, baseado em interesse público, mas sempre fundamentado e praticado nos termos da lei; c) qualquer restrição ao direito de propriedade privada demanda um procedimento administrativo que atenda às garantias constitucionais processuais, entre as quais a ampla defesa e o contraditório.¹⁷

3. Desapropriação “amigável” (ou consensual)

A desapropriação amigável (ou consensual) é prevista expressamente na legislação brasileira (Decreto-Lei n. 3.365/41, art. 10), a demonstrar que o interesse público na efetivação da transferência de bem do particular para o Poder Público não se revela circunstância impeditiva para o consenso entre a Administração Pública e o cidadão, em especial na contempo-

¹⁶ DI PIETRO, op. cit., p. 178.

¹⁷ PORTELA, op. cit., p. 108.

raneidade. Algumas questões relevantes se apresentam a respeito da desapropriação consensual. A primeira delas se referia à ausência de uma disciplina normativa expressa a respeito do procedimento a ser observado para as desapropriações amigáveis, eis que a Lei Geral de Desapropriação não trazia qualquer incentivo para que o expropriante busque soluções consensuais com os expropriados¹⁸.

Tal contexto foi recentemente alterado na legislação brasileira com a edição da Lei n. 13.867/2019, que acrescentou o art. 10-A ao Decreto-Lei n. 3.365/1941. Além de passar a expressamente admitir o emprego da mediação ou da arbitragem para a solução da desapropriação, a Lei n. 13.867/2019 passou a disciplinar alguns pontos sobre o procedimento administrativo para a desapropriação consensual. Assim, cabe ao poder público proceder à notificação do proprietário do imóvel com a apresentação do valor da oferta de indenização, com expressa menção a respeito do prazo de quinze dias para aceitação ou rejeição da oferta, sendo interpretado o silêncio como rejeição. Caso venha a ser aceita a oferta, com a efetivação do pagamento, será celebrado formalmente o acordo para servir de título para o registro no Cartório de Registro de Imóveis em nome do ente da Federação brasileira – União, Estados, Distrito Federal, Municípios.

Em se tratando de desapropriação sobre bem imóvel, e havendo consenso quanto ao valor da indenização a cargo do Poder Público, é fundamental que a escritura pública da desapropriação consensual do imóvel seja precedida de “exame metódico do título dominial do expropriado”.¹⁹ Na eventualidade de o imóvel se encontrar gravado de hipoteca, por exemplo, o credor hipotecário deverá intervir na escritura com concordância expressa a respeito do pagamento da indenização ao expropriado, diferentemente do que ocorre na desapropriação efetivada por sentença judicial. Tal restrição se fundamenta na consideração de que, nesta hipótese, não haveria modo originário de aquisição da propriedade com a desapropriação amigável, e sim modo derivado, impondo o risco quanto ao pagamento da indenização não ao dono do bem desapropriado, mas sim ao Poder Público.²⁰ No entanto, há quem sustente que, mesmo sendo amigável, a desapropriação deve ser considerada ainda modo originário de aquisição da propriedade pelo Poder Público.²¹

Devido a tal circunstância, o Município de São Paulo desenvolveu a prática de promover a desapropriação amigável na esfera judicial, ou seja, ele propõe a ação com a apresentação da petição inicial, acompanhada de “termo de acordo” celebrado com o proprietário do bem que manifesta sua concordância com o valor da indenização. A doutrina considera possível tal prática pois a possibilidade de a desapropriação efetivar-se por escritura pública não exclui

¹⁸ PEREIRA, op. cit., p. 357.

¹⁹ HARADA, Kiyoshi. *Desapropriação: doutrina e prática*. 10 ed. São Paulo: Editora Atlas, 2014. p. 82.

²⁰ HARADA, op. cit., p. 82.

²¹ PORTELA, op. cit., p. 106.

a desapropriação judicial precedida de “termo de acordo” celebrado na fase administrativa, pois o expropriado, uma vez citado na ação, poderá concordar com o preço oferecido pelo expropriante, sem apresentar contestação.²² A despeito de não haver previsão expressa na Lei Geral de Desapropriações à época (em período anterior à Lei n. 13.867/2019), o proprietário do imóvel era convocado perante o órgão administrativo competente para ser cientificado da intenção da Administração Pública promover a desapropriação do bem declarado de utilidade pública e, simultaneamente, ser informado a respeito do valor oferecido a título de indenização. Caso não houvesse concordância quanto ao preço oferecido, seria lavrado o “termo de recusa” que, devidamente apresentado nos autos do processo administrativo correspondente ao caso, seria dirigido ao setor contencioso de desapropriação do Município de São Paulo. Ao revés, se houvesse concordância quanto ao preço, era lavrado o “termo de acordo” que, desse modo, era utilizado para instruir a petição inicial da ação de desapropriação com requerimento expresso de homologação do acordo de desapropriação.²³

Considerou-se, na praxe da Administração Pública municipal de São Paulo, que se o réu (expropriado) pode concordar com o preço oferecido na petição inicial, não haveria obstáculo para que o consenso pudesse ocorrer antes mesmo da propositura da ação de desapropriação. O importante é a livre e esclarecida manifestação de vontade do expropriado, através de instrumento que preencha as formalidades legais. Há notícias de que, no passado, algumas iniciativas no sentido de promover a retratação do acordo administrativo na via judicial foram negadas pelo Juízo Estadual de Feitos da Fazenda Municipal que reconheceu os efeitos jurídicos válidos dos acordos.²⁴ Tal quadro se revela bastante aperfeiçoado mais recentemente devido à edição da Lei n. 13.867/2019 que passou a expressamente prever o procedimento administrativo tendente à conciliação entre o poder público e o particular na desapropriação consensual.

Sobre a questão dos requisitos exigidos para a validade do acordo administrativo da desapropriação amigável, questiona-se acerca da necessidade da presença de advogado do expropriado no momento da celebração do acordo, ainda que submetido à homologação judicial. Há, na doutrina brasileira, quem suscite tal questionamento, apresentando a solução de que a ausência do advogado não seria óbice à homologação do acordo, em especial quando o ente expropriante se dispuser a arcar com verba honorária em favor ao expropriado em percentual sobre o valor da indenização estabelecido pelo Poder Público (com a concordância do expropriado) ou pelo juiz na sentença homologatória do acordo.²⁵ Contudo, deve prevalecer a orientação de que na desapropriação consensual é dispensável a presença do advogado como representante do expropriado, o que inclusive acarreta uma redução de custos quanto à defesa

²² HARADA, op. cit., p. 82.

²³ HARADA, op. cit., p. 82-83.

²⁴ HARADA, op. cit., p. 83.

²⁵ Ibid., p. 84.

técnica em ações de desapropriação.²⁶ Neste sentido a Lei n. 13.867/2019 não prevê, propositadamente, a presença do advogado no procedimento administrativo que pode redundar na desapropriação consensual.

A respeito dos particulares que devem ser chamados para manifestação de vontade quanto à desapropriação consensual, é relevante o registro que, além do proprietário privado do bem, é essencial o chamamento de qualquer pessoa que tenha titularidade de outro direito real – que não apenas de propriedade – sobre o bem, tal como ocorre com o usufrutuário, o titular do direito real de servidão, do direito real de superfície, já que a transferência do bem para o patrimônio público gerará a extinção destes outros direitos reais, além da extinção do direito de propriedade.²⁷ Assim, sob o prisma dos requisitos subjetivos para a desapropriação consensual, devem ser convocados todos os sujeitos que tenham a titularidade de algum direito real sobre o bem.

Outro tema relevante a respeito da desapropriação consensual diz respeito ao objeto do acordo. A visão tradicional restringe a considerar que o acordo (Decreto-Lei n. 3.365/41) deve abranger apenas ao montante da indenização devida ao expropriado. Contudo, há posição defensável no sentido de que o art. 10, do Decreto-Lei n. 3.365/41, não limita a forma e o objeto desse acordo.²⁸ A Lei n. 13.867/2019, ao introduzir o art. 10-A no Decreto-Lei n. 3.365/1941, expressamente se refere à hipótese de desapropriação consensual com o acordo sobre o valor da indenização, mas não exclui a possibilidade do objeto do acordo contemplar outro objeto para a solução amigável.

Os limites objetivos à desapropriação consensual decorrem do interesse público *lato sensu* que fundamenta a expropriação do bem, mas respeitados tais limites, inexistente obstáculo para o exercício do poder discricionário da Administração Pública quanto à negociação da melhor forma de proceder à desapropriação.²⁹ Há precedente judicial no Brasil que reconheceu como válida cláusula em acordo de desapropriação que previu a obrigação do expropriante de construir uma via de acesso para o restante da área desapropriada, conforme julgado do Superior Tribunal de Justiça.³⁰ Também parece ser legítimo e válido acordo que abranja o prazo para a desocupação do imóvel pelo expropriado, nos casos de concordância quanto ao valor da indenização e previsão de cláusula com prazo de doze meses para liberação da área, ou mesmo o acordo que restrinja a área do imóvel expropriado, após ter sido demonstrado

²⁶ PEREIRA, op. cit., p. 371.

²⁷ DECOMAIN, Pedro Roberto. A desapropriação por utilidade ou necessidade pública. *Revista Dialética de Direito Processual*, São Paulo, n. 117, p. 82, dez. 2012.

²⁸ PORTELA, op. cit., p. 115.

²⁹ *Ibid.*, p. 116.

³⁰ BRASIL. STJ. Segunda Turma, Recurso Especial n. 1.155.101/GO, Relator Ministro Castro Meira. Brasília, 09 de novembro de 2010. Publicado no Diário de Justiça de 23 nov. 2010.

pelo interessado – e com o reconhecimento pela Administração Pública – de que a restrição não acarretará qualquer prejuízo ao interesse público, ou ônus adicional ao erário público.³¹ É possível, ainda, a negociação de instrumentos alternativos de indenização ao expropriado que não o valor pecuniário, tal como ocorre no instituto da transferência do potencial construtivo que autoriza que o expropriado possa exercer o direito de construir em outra área que também é objeto de sua propriedade,³² tal como previsto na legislação brasileira (Estatuto da Cidade, Lei n. 10.257/01).

Apesar de não haver orientação pacífica a respeito, o acordo “substitutivo ou alternativo” na desapropriação consensual não se restringe ao tema do valor da indenização ao expropriado, e sim pode abranger qualquer interesse disponível dos sujeitos envolvidos – ente expropriante, expropriado e outros interessados –, abrangendo até mesmo a declaração de utilidade pública ou o interesse social, quando ela se mostre equivocada ou danosa à Administração Pública.³³ Tal conclusão se fundamenta, inclusive, na visão mais contemporânea do Direito Administrativo brasileiro, baseado nos princípios constitucionais que regem a Administração Pública, entre os quais os princípios da eficiência, da moralidade, da transparência e da economicidade. A desapropriação consensual apresenta-se, hoje em dia, como exemplo da busca da eficiência da Administração Pública, sob a ótica não apenas do Poder Público, mas também do expropriado.³⁴ A Administração Pública passa a atuar de maneira mais célere e econômica, proporcionando segurança jurídica ao Poder Público e aos administrados, quando atua em consonância com os postulados constitucionais referentes à maior eficiência na solução consensual das questões referentes à expropriação de bens dos cidadãos.

Não cabe ao Poder Judiciário interferir na consensualidade alcançada entre o expropriante, o expropriado e outros interessados e, por isso, tendo sido observados os princípios constitucionais aplicáveis, além das regras infraconstitucionais quanto à edição e ao desenvolvimento da desapropriação consensual, não há razão para que qualquer órgão do Poder Judiciário interfira ou modifique o consenso alcançado no procedimento administrativo. O exemplo concreto da prática do Município de São Paulo, tal como antes referido, no sentido de buscar a homologação judicial do acordo, não se revela necessário, tampouco conveniente e oportuno nos dias atuais, evitando-se os custos e o tempo mais demorado quanto à judicialização da questão relativa à expropriação. O Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro já apreciou a questão e considerou não haver interesse de agir em ação promovida pelo Município na qual se objetivava rediscutir desapropriação consensual para fins de imissão na posse.³⁵ Contudo, o

³¹ PORTELA, op. cit., p. 119.

³² PEREIRA, op. cit., p. 376.

³³ PORTELA, op. cit., p. 119.

³⁴ PORTELA, op. cit., p. 121.

³⁵ RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça. Apelação Cível n. 0001725-14.2006.8.19.0065, Relator Desembargador Cezar Augusto Rodrigues Costa. Publicado no Diário de Justiça de 26 mar. 2015.

Tribunal Regional Federal da 1ª Região, em outro caso, anulou acordo de desapropriação sob o fundamento de que teria havido vício de consentimento do expropriado e, assim, condenou o expropriante na diferença do valor da indenização e demais acréscimos legais, pois teria sido cometido erro na avaliação do imóvel que ensejou o acordo.³⁶

É sabido que a desapropriação judicial de bem imóvel se caracteriza pela demora e encarecimento dos processos expropriatórios, pois a ação de desapropriação é acompanhada pelos riscos inerentes às demandas judiciais em geral: demora no processamento do feito, ainda pouco controle das partes sobre os rumos do processo, riscos de indeferimento ou de atraso de medidas – tal como a imissão provisória na posse do bem –, custas processuais e honorários elevados de perícia. Tais circunstâncias normalmente geram a implantação do projeto final – a obra de infraestrutura – muito mais demorado e custoso, quando comparado com aquilo que inicialmente havia sido concebido para efetivação da obra. Quanto maior for a demora na conclusão das desapropriações para implantação de obra de infraestrutura, maiores serão as chances do custo inicialmente estimado ser bastante modificado ao final da execução do projeto³⁷.

Atualmente é importante considerar que a desapropriação deve conter uma fase obrigatória tendente à busca da solução consensual da expropriação, segundo a qual o Poder Público, a partir de trabalhos técnicos realizados sobre o caso – inclusive com perícia administrativa – ofereça ao proprietário do bem imóvel o valor de indenização e as condições da expropriação, proporcionando um procedimento administrativo de negociação, na busca da aquisição consensual do bem. Desse modo, a Administração Pública envidaria esforços para que a transferência do bem se desse pela via consensual, como regra, e somente excepcionalmente haveria uma solução através da desapropriação judicial³⁸. Tal orientação se adequa ao Princípio n. 3, dos Princípios do Equador – um conjunto de princípios utilizados por instituições financeiras para a concessão de crédito para empreendimentos que envolvam questões socioambientais, firmado em 2003 –, relacionado à aquisição de terras e assentamentos involuntários.³⁹ O Padrão de Desempenho n. 5, § 3º, da *International Finance Corporation*, prevê a excepcionalidade do processo judicial, estimulando o emprego da fase negocial da desapropriação como regra:

para ajudar evitar a desapropriação e limitar a necessidade de recorrer à autoridade governamental para executar a transferência, os clientes são incentivados

³⁶ BRASIL. Tribunal Regional Federal da 1ª Região, Apelação Cível n. 2001.39.00.004879-3, Relator Desembargador Olindo Menezes. Publicado no Diário de Justiça de 03 fev. 2006.

³⁷ PEREIRA, op. cit., p. 357 e 360.

³⁸ Ibid., p. 371-372.

³⁹ Ibid., p. 372.

a utilizar acordos negociados que atendam aos requisitos deste Padrão de Desempenho, ainda que disponham dos meios legais para adquirir a terra sem o consentimento do vendedor.

A utilização da via consensual para a desapropriação, por óbvio, vincula a Administração Pública, que não poderá mais utilizar-se de medidas unilaterais para se desonerar do acordo celebrado, tal como ocorre no âmbito do Direito Privado quanto ao particular que celebra um contrato e que se obriga a cumprir as obrigações pactuadas.⁴⁰ Nessa direção houve a edição da Lei n. 13.867/2019 que passou a expressamente prever o procedimento administrativo para fins de obtenção da solução consensual da desapropriação.

Observa-se, portanto, que a desapropriação consensual deve ser a regra no âmbito do Direito brasileiro, com muito maior importância a respeito da atuação da Administração Pública na prática dos atos tendentes à transferência consensual do bem particular ao seu patrimônio, sendo que o controle judicial a esse respeito é bastante diminuto, tão somente relacionado à ocorrência de algum defeito do acordo celebrado, mas não a respeito da escolha da Administração Pública e do cidadão quanto à solução consensual realizada.

4. Desapropriação judicial

Não sendo obtida a solução consensual na esfera administrativa, a Administração Pública deverá promover as medidas judiciais tendentes à desapropriação do bem, daí ser empregada a expressão “desapropriação judicial”. No Direito Administrativo brasileiro é assente a orientação segundo a qual, não havendo consenso com o expropriado, o Poder Público deverá promover a ação de desapropriação, que seguirá o procedimento previsto nos arts. 11 a 30, do Decreto-Lei n. 3.365/41, como regra, ressalvado o procedimento previsto em outra legislação para as desapropriações por interesse social para fins de reforma agrária (Lei Complementar n. 76/93). O art. 10-A, § 3º, do Decreto-Lei (incluído pela Lei n. 13.867/2019), expressamente prevê que, ao ser rejeitada a oferta, ou transcorrido o prazo de quinze dias da notificação ao proprietário do imóvel sem sua manifestação, o poder público deverá promover as medidas tendentes à judicialização da desapropriação. Deve, tão somente, ser ressalvada a possibilidade de opção pela mediação extrajudicial ou pela arbitragem, tal como a legislação atual prevê (art. 10-B, do Decreto-Lei n. 3.365/1941, na redação dada pela Lei n. 13.867/2019).

Iniciado o processo judicial com o ajuizamento da ação de desapropriação dentro do prazo decadencial respectivo (iniciado a partir da expedição do decreto expropriatório ou da lei de desapropriação), se o réu concordar com o valor oferecido a título de indenização, a decisão judicial será meramente homologatória, o que conduzirá à conclusão de que a desa-

⁴⁰ PORTELA, op. cit., p. 120.

propriação foi consensual, ainda que obtido o acordo na instância judicial. A sentença, neste caso, será o título que deverá ser levado a registro no Cartório de Registro de Imóveis.⁴¹

No entanto, se não houver acordo na esfera judicial, o réu somente poderá discutir na resposta da ação de desapropriação questões relativas ao valor da indenização ou a algum vício do processo (Decreto-Lei n. 3.365/41, art. 20), sendo vedado ao Poder Judiciário decidir se o caso envolve hipótese de utilidade pública, ao menos na ação de desapropriação (Decreto-Lei n. 3.365/41, art. 9º). O fundamento das regras legais é o princípio da separação dos poderes da República, eis que a decisão do Poder Judiciário sobre não haver utilidade pública na desapropriação de certo bem poderia caracterizar invasão indevida na esfera privativa de atuação do Poder Executivo, ou do Poder Legislativo.⁴² Tal restrição quanto à matéria cognoscível no processo judicial de desapropriação não caracteriza infringência às garantias constitucionais do processo, tais como o devido processo legal, o contraditório e a ampla defesa, pois a limitação quanto à jurisdição já era reconhecida em outras matérias, tais como as ações de inventário e as questões de direito que não são provadas apenas por prova documental. À luz do Direito brasileiro, se houver algum vício na atuação da Administração Pública ao editar o decreto expropriatório – competência, finalidade, forma, motivos da desapropriação –, o expropriado terá que propor “ação direta”, e não se valer da resposta na ação de desapropriação.⁴³

Nos casos de desapropriação por interesse social para fins de reforma agrária, a legislação brasileira somente exclui da resposta do réu a alegação quanto “ao interesse social declarado”, permitindo na contestação que o expropriado possa exercer o direito de extensão, ou seja, requerer a inclusão na desapropriação da parte do imóvel que se tornaria inaproveitável isoladamente se consumada a desapropriação apenas com a área prevista no ato expropriatório. Contudo, a exemplo do que ocorre na Lei Geral de Desapropriação, também na ação de desapropriação por interesse social para fins de reforma agrária há restrição quanto à discussão judicial relativa aos requisitos para a edição do ato expropriatório, inclusive a vedação ao debate sobre a declaração de interesse social, tal como decidida pela Administração Pública federal.

Na prática relacionada aos casos de desapropriação para fins de interesse social para reforma agrária, a prática forense tem demonstrado a utilização maior da via judicial através da denominada “ação direta” para questionar aspectos relacionados aos requisitos do decreto expropriatório, havendo alguns casos nos quais é utilizado o mandado de segurança contra ato do Presidente da República, eis que nestes casos a autoridade administrativa competente é o Chefe do Poder Executivo federal por envolver interesse da União Federal, à luz da Constituição Federal (art. 184). De todo modo, é importante o reconhecimento dos limites de atua-

⁴¹ DI PIETRO, op. cit., p. 177.

⁴² DECOMAIN, op. cit., p. 94.

⁴³ DI PIETRO, op. cit., p. 178.

ção do Poder Judiciário, notadamente com base nos critérios técnicos empregados. Como foi observado no início deste trabalho, o Supremo Tribunal Federal brasileiro reconheceu a existência de um “dever de deferência do Judiciário” quanto às deliberações feitas pela Administração Pública devido a dois fundamentos: a) ausência de *expertise* e capacidade institucional dos órgãos do Poder Judiciário para decidir sobre determinadas intervenções regulatórias, “que envolvem questões policêntricas e prognósticos especializados”; e b) possibilidade de a revisão judicial acarretar “efeitos sistêmicos nocivos à coerência e dinâmica regulatória administrativa”.⁴⁴ Ou seja; há limites da atuação do Poder Judiciário em determinados tipos de controle sobre atos da Administração Pública, o que reforça a ideia da constante observância do princípio da independência e harmonia entre os Poderes da República brasileira.

O exemplo da desapropriação judicial é claro quanto à presença de limites objetivos passíveis de serem debatidos e decididos no curso da ação de desapropriação. Tais limites decorrem da prévia elaboração de estudos e projetos pelos órgãos da Administração Pública no que tange ao conhecimento especializado dos setores públicos a respeito das questões afetas ao interesse público *lato sensu* que, como se sabe, objetiva proporcionar o atendimento à utilidade pública ou ao interesse social previstos na legislação brasileira a partir da previsão na Constituição Federal. Daí a razão de praticamente ser inviável a reversão da decisão administrativa quanto à expropriação do bem particular do cidadão, eis que o objetivo é buscar implementar projetos que objetivem proporcionar o melhor atendimento à coletividade e à sociedade civil em geral, como ocorre na implementação de projetos e obras de infraestrutura. Na prática, remanesce para ser resolvido pelo Poder Judiciário tão somente o tema referente à indenização devida ao expropriado, o que não compromete o interesse público.

5. Nota conclusiva

O desenvolvimento do tema objeto deste trabalho permitiu identificar como o Direito brasileiro cuida da deferência judicial a respeito da atuação da Administração Pública, notadamente nas questões referentes à desapropriação como forma de intervenção estatal no domínio econômico para fins de permitir o atendimento ao interesse público previsto na legislação. À luz da revisão dos princípios e regras que atualmente regem o Direito Administrativo brasileiro, foi possível identificar que há décadas é possível a solução consensual em matéria de desapropriação de bens particulares, sendo que atualmente tal mecanismo deve ser estimulado para os casos de desapropriação por vários fundamentos, que não são apenas jurídicos. Recentemente, com a edição da Lei n. 13.867/2019, passou a ser expressamente regulado o procedimento administrativo para a desapropriação consensual de

⁴⁴ BRASIL. STF. Agravo Regimental no Recurso Extraordinário n. 1.083.955, 1ª Turma, Relator Ministro Luiz Fux. Brasília, 28 de maio de 2019. Publicado no Diário de Justiça Eletrônico de 07 jun. 2019.

imóveis, em perfeita sintonia com os princípios constitucionais que devem ser considerados na hipótese, tornando mais econômica, efetiva e moderna a atuação do poder público.

Em relação ao estágio atual de desenvolvimento das relações entre a Administração Pública e os cidadãos, baseado em valores e princípios democráticos, humanistas e solidários, é essencial atentar para o efetivo cumprimento dos princípios constitucionais que regem a atuação da Administração Pública (Constituição Federal, art. 37) e, simultaneamente, fazer cumprir as normas constitucionais que asseguram os direitos fundamentais e as garantias processuais ao cidadão (Constituição Federal, arts. 5º, 6º, 7º, entre outros).

Desse modo, deve ser cada vez mais estimulada a solução consensual dos conflitos que podem envolver a Administração Pública, na busca da maior eficiência, economicidade, transparência, impessoalidade, moralidade, inclusive em matéria de desapropriação de bens. Para tanto, a desapropriação deve pressupor procedimento informado pelos princípios constitucionais e direitos fundamentais que o Direito brasileiro expressa ou implicitamente acolhe, inclusive aqueles que decorrem das normas de tratados e convenções internacionais sobre questões de mais alta relevância.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (STJ). Segunda Turma, Recurso Especial n.

Referências

1.155.101/GO, Relator Ministro Castro Meira. Brasília, 09 de novembro de 2010. Publicado no Diário de Justiça de 23 nov. 2010.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). Agravo Regimental no Recurso Extraordinário n. 1.083.955, 1ª Turma, Relator Ministro Luiz Fux. Brasília, 28 de maio de 2019. Publicado no Diário de Justiça Eletrônico de 07 jun. 2019.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 1ª Região, Apelação Cível n. 2001.39.00.004879-3, Relator Desembargador Olindo Menezes. Publicado no Diário de Justiça de 03 fev. 2006.

DECOMAIN, Pedro Roberto. A desapropriação por utilidade ou necessidade pública. *Revista Dialética de Direito Processual*, São Paulo, n. 117, p. 72-111, dez. 2012.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 19 ed. São Paulo: Ed. Atlas, 2006.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da; MEDEIROS, Maria Lúcia Sucupira. Métodos adequados de solução de conflitos da justiça restaurativa frente ao Novo Código de Processo Civil. *Revista Quaestio Juris*, Rio de Janeiro, v. 10, n. 4, p. 2745-2762, 2017.

HARADA, Kiyoshi. *Desapropriação: doutrina e prática*. 10 ed. São Paulo: Editora Atlas, 2014.

PEREIRA, Anna Carolina Migueis. Desapropriações e remoções na implantação de projetos de infraestrutura: entre avanços e oportunidades perdidas. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de; PEREIRA, Anna Carolina Migueis; LISBOA, Letícia Lobato Anicet (Coords.). *Regulação e infraestrutura*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2018.

PORTELA, Felipe Mêmolo. Desapropriação amigável: revisitação do tema à luz do Direito Administrativo contemporâneo. *Revista Argumenta: Revista do Programa de Mestrado em Ciência Jurídica, da Universidade Estadual do Norte do Paraná – UENP*, Jacarezinho, n. 21, p. 101-122, 2014.

RIODEJANEIRO. Tribunal de Justiça. Apelação Cível n. 0001725-14.2006.8.19.0065, Relator Desembargador Cezar Augusto Rodrigues Costa. Publicado no Diário de Justiça de 26 mar. 2015.

Capítulo 12

O Direito Administrativo do Consenso e a Necessidade do “Novo Normal”

Bernard dos Reis Alô

Resumo

A realidade distópica gerada pela pandemia impôs ao mundo uma rápida adaptação. No âmbito das práticas jurídicas, não foi diferente. Em questão de semanas, foram aceleradas mudanças que os operadores do Direito ainda consideravam distantes. Na ótica da solução de conflitos não é diferente, sendo necessário repensar velhas práticas, notadamente em relação aos conflitos que envolvem a administração pública. Direta ou indiretamente, a administração pública será ainda mais demandada, em uma “nova normalidade”, na qual a atuação do Estado, através de direitos sociais, será forçosamente revisitada. A fim de evitar a paralisia da máquina judiciária, se impõe um esforço adicional no incremento do chamado Sistema Multipartas de Resolução de Conflitos. Sua ideologia básica diz respeito à utilização de meios extrajudiciais diversos na busca pela solução de conflitos, possibilitando que seja utilizada a opção que melhor atenda aos interesses das partes. Não se advoga a criação de estruturas integralmente novas. Iniciativas consagradas podem ser adaptadas para os novos temas que surgirem. Qualquer iniciativa relativa à solução extrajudicial de conflitos exige a valorização da teoria dos diálogos institucionais. As controvérsias devem ser resolvidas por meio de uma atividade dialógica, problematizando o comportamento isolacionista das instituições. A ideia de supremacia judicial permanece existente, mas não se confunde com a concepção de monopólio judicial. Porém, ainda há resistência de algumas Instituições. A questão não demanda grandes inovações legislativas, mas sim uma mudança cultural. A cultura da sentença, ainda vigente no direito pátrio, que tende a solucionar pontual e autoritariamente o conflito, deve abrir espaço para a cultura do consenso, baseada na legitimidade do resultado.

Palavras-chave

Processo civil, administração pública, desjudicialização.

Sumário

1. Introdução
2. Direito administrativo do consenso e o fetichismo dos princípios
3. Uma nova cultura e o necessário debate sobre a independência funcional da advocacia pública
4. Exemplos concretos de práticas consensuais
5. Conclusão

1. Introdução

A realidade distópica gerada pela pandemia impôs ao mundo uma rápida adaptação. No âmbito das práticas jurídicas, não foi diferente. Em questão de semanas, foram aceleradas mudanças que os operadores do Direito ainda consideravam distantes. Na ótica da solução de conflitos não é diferente, sendo necessário repensar velhas práticas, notadamente em relação aos conflitos que envolvem a administração pública. Direta ou indiretamente, seja através de demandas de saúde, seja através do chamado auxílio emergencial (ou de outras políticas de renda básica), a administração pública será ainda mais demandada, em uma “nova normalidade”, na qual a atuação do Estado, através de direitos sociais, será forçosamente revisitada.

A fim de evitar a paralisia da máquina judiciária, se impõe um esforço adicional no incremento do chamado Sistema Multiportas de Resolução de Conflitos. O sistema multiportas ou tribunal multiportas surgiu nos Estados Unidos e ficou conhecido como *Multi-door Courthouse System*. Esta nomenclatura foi originalmente usada pelo Prof. Frank Sander, da Harvard Law School, em 1976, em conferência que posteriormente veio a ser publicada em 1979.¹ Sua ideologia básica diz respeito à utilização de meios extrajudiciais diversos na busca pela solução de conflitos, possibilitando que seja utilizada a opção que melhor atenda aos interesses das partes. O novo Código de Processo Civil traz previsão sobre o assunto (art. 3º), mas conceitos como conciliação, arbitragem e mediação já permeiam o vocabulário jurídico nacional há décadas. Infelizmente, sem conseguir o grau de efetividade esperado.

Não se advoga a criação de estruturas integralmente novas. Iniciativas já conhecidas podem ser adaptadas para os novos temas que surgirem. Contudo, qualquer empreendimento relativo à solução extrajudicial de conflitos exige a valorização da teoria dos diálogos institucionais e, por conseguinte, de um direito administrativo fundado no consenso. As controvérsias devem ser resolvidas preferencialmente por meio de uma atividade dialógica, problematizando o comportamento isolacionista das instituições. A ideia de supremacia judicial permanece existente, mas não se confunde com a concepção de monopólio judicial. O monopólio afirma que a atividade de interpretação deve ser desempenhada exclusivamente pelo Judiciário. A supremacia admite que outros Poderes interpretem a Constituição e mediem contendas.

O presente estudo busca analisar as bases do direito administrativo do consenso, demonstrando que a questão não demanda grandes inovações legislativas, mas sim uma mudança cultural. A cultura da sentença, ainda vigente no direito pátrio, que tende a solucionar pontual e autoritariamente o conflito, deve abrir espaço para a cultura do consenso, baseada na legitimidade do resultado. Contudo, abrir a administração pública para a solução consensual está diretamente ligado ao grau de independência garantido à advocacia pública.

¹ SANDER, Frank. *Varieties of dispute processing*. Minnesota: West Publishing, 1979. p. 65-87.

2. Direito administrativo do consenso e o fetichismo dos princípios

Um dos primeiros juristas a usar o termo fetichismo da lei foi o francês François Geny (1861-1959). O autor criticava a excessiva valorização dos textos legais e regulamentares e aquilatava especialmente o costume como fonte do Direito. Embora contemporâneos, quando Geny usou a expressão, Freud ainda não havia desenvolvido o conceito psicanalítico de fetiche. Jacques Lacan,² em seu seminário 4, avançando na teoria freudiana, revisitou o fetichismo, colocando a pergunta:

Porquê é ali que o sujeito deve constituir esse mais além? **Porque o véu é o mais precioso para o homem do que a realidade?** Por que a ordem dessa relação ilusória se torna constituinte essencial, necessário, de sua relação com o objeto? Eis a questão levantada pelo fetichismo. (grifo nosso)

Em sentido contrário à crítica de Geny, no direito brasileiro, especialmente quando o tema são as soluções consensuais de conflitos envolvendo a administração pública, a legislação parece ser tomada como um simples detalhe, emergindo um verdadeiro fetichismo dos princípios. No cotidiano forense, é reiterado o uso de expressões como, por exemplo, “indisponibilidade do interesse público” ou “legalidade estrita”, a fim de obstar acordos celebrados pela Administração Pública. Curiosamente, se ignora um farto arcabouço legal, construído há, no mínimo, 30 anos, que fomenta a prática.

Por certo, desde a Lei nº 2.786/1956, que, alterando o Decreto-Lei nº 3.365/1941, inseriu o instituto da desapropriação amigável no ordenamento jurídico, já é possível falar de soluções consensuais de conflitos com a Administração Pública. Contudo, ainda se tratava de um dispositivo isolado, numa época em que a ideia de supremacia do interesse público vigorava a pleno vapor. O direito administrativo do consenso realmente ganhou força nos últimos 30 anos, tomando como termo inicial o advento da Lei nº 8.078/1990, que inseriu, na Lei de Ação Civil Pública (Lei nº 7.347/1985), o art. 5º, §6º.

Art. 5º Têm legitimidade para propor a ação principal e a ação cautelar: (Redação dada pela Lei nº 11.448, de 2007).

(...)

§ 6º Os **órgãos públicos legitimados** poderão tomar dos interessados **compromisso de ajustamento de sua conduta** às exigências legais, mediante cominações, que terá eficácia de título executivo extrajudicial. (Incluído pela Lei nº 8.078, de 11.9.1990) (grifo nosso)

Não obstante o relevo dado ao Ministério Público e, mais recentemente, à Defensoria Pública no manejo de ações civis públicas, a Lei nº 7.347/1985, desde 1990, já previa a

² LACAN, J. *O Seminário. Livro IV. A relação de objeto*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1995. p.160.

legitimidade ativa de União, Estados e Municípios para celebrar Termos de Ajustamento de Conduta (TAC's). Alguns anos depois, a Lei nº 9.469/1997 autorizou expressamente o Advogado-Geral da União e os dirigentes máximos das autarquias, das fundações e das empresas públicas federais a realizarem acordos ou transações, em juízo, para terminar o litígio, nas causas de valor até R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais).

Em seguida, a Lei nº 10.259/2001 instituiu os Juizados Especiais Federais, carregando para as ações envolvendo a Administração Pública Federal, até o valor de sessenta salários mínimos, toda ideologia conciliatória dos juizados especiais disciplinados pela Lei nº 9.099/95.

Em 2004, a Lei nº 11.079/2004 instituiu normas gerais para licitação e contratação de parceria público-privada (PPP) no âmbito da administração pública, prevendo o uso da arbitragem na resolução de conflitos (art. 11, inciso III). Em 2005, a Lei nº 11.196/2005 altera a Lei nº 8.987/95, prevendo, no art. 23-A, a arbitragem nos contratos de concessão de serviço público. Apesar de a arbitragem ser um método de resolução de conflitos, no qual as partes definem um terceiro (pessoa ou entidade privada) para solucionar a controvérsia apresentada pelas partes, sem a participação do Poder Judiciário, importante notar que ela pressupõe um ajuste de vontades. Afinal, a Administração Pública celebraria convenção de arbitragem, gênero que engloba a espécie cláusula compromissória, acordo definido antes mesmo do surgimento do conflito de interesses, por meio de contrato. Registre-se que, nesse momento histórico (2004/2005), a lei previa, pelo menos expressamente, a arbitragem apenas para conflitos envolvendo PPP's e concessões de serviços públicos, já que a lei geral de arbitragem, Lei nº 9.307/1996, só viria a prever genericamente a arbitragem na Administração Pública após alteração celebrada pela Lei nº 13.129/2015 (art. 1º, §2º).

Em setembro de 2007, foi criada, pelo Ato Regimental AGU nº 5, a Câmara de Conciliação e Arbitragem da Administração Federal (CCAF) para prevenir e reduzir o número de litígios judiciais que envolvem a União, suas autarquias, fundações, sociedades de economia mista e empresas públicas federais. O Ato, em seu art. 17, inciso III, previa expressamente:

Em 2009, a experiência dos Juizados Especiais Federais foi trazida para os Estados, o Distrito Federal e os Municípios pela Lei nº 12.153/2009, permitindo que tais Fazenda Públicas concilhassem com os particulares. Outrossim, a Lei Complementar nº 132/2009, alterando a Lei Complementar nº 80/1994, que organiza a Defensoria Pública da União, do Distrito Federal e dos Territórios e prescreve normas gerais para sua organização nos Estados, previu que o instrumento de transação, mediação ou conciliação referendado pelo Defensor Público valeria como título executivo extrajudicial, inclusive quando celebrado com a pessoa jurídica de direito público.

Em 2013, a Lei nº 12.846/2013, vulgarmente conhecida como Lei Anticorrupção, no art. 16 e segs., prevê a celebração de acordos de leniência com as pessoas jurídicas responsáveis por atos lesivos à Administração Pública.

Em 2015, temos um ano bastante rico para o direito administrativo consensual. Além da já citada Lei nº 13.129/2015, que versa sobre arbitragem, o Novo Código de Processo Civil (Lei nº 13.105/2015), no art. 174, expandiu as câmaras de mediação e conciliação, antes restritas à esfera federal, para todos os ramos da Administração Pública. Ademais, o NCPC, no art. 190, traz uma cláusula geral de negociação processual. A princípio, sua aplicabilidade aos processos de direito público foi bastante questionada, mas, hoje, já existem exemplos interessantes, como as portarias nº 360 e 742, de 2018, da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional. Por fim, a Lei nº 13.140/2015, lei de mediação, em seus arts. 32 a 40, aborda a composição extrajudicial do conflito, inclusive com manifestação do Ministério do Planejamento para quitação das dívidas reconhecidas como legítimas.

Curiosamente, no art. 36, § 4º, a Lei nº 13.140/2015 tratava de acordos em improbidade administrativa, os quais deveriam ser homologados pelo juiz da causa. Naquela época (2015), havia visível conflito de normas, uma vez que a lei de improbidade administrativa, no art. 17, § 1º, ainda vedava expressamente transação, acordo ou conciliação, o que só viria a ser alterado em 2019, pela Lei nº 13.964/2019. Porém, desde 2017, o Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP), através da Resolução nº 179/2017, já admitia compromisso de ajustamento de conduta nas hipóteses configuradoras de improbidade administrativa.

Neste ponto, importante notar que, enquanto no processo penal, ramo no qual, em tese, há maior antagonismo entre as partes, o consensualismo chegou em 1995, com a Lei nº 9.099/1995, na improbidade administrativa a possibilidade de acordo só chegaria, de maneira inquestionável, em 2019.³

Em 2018, a Lei nº 13.655/2018, incluiu, no Decreto-Lei nº 4.657/1942 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro - LINDB), disposições sobre direito público. O novo art. 26, da LINDB, complementa a Lei de Ação Civil Pública (LACP), no que toca às normas estruturantes dos compromissos de ajustamento de conduta. O acordo do art. 26, da LINDB, tem legitimidade maior que o TAC da LACP e seu objeto é mais largo, não limitado aos direitos coletivos em sentido amplo. A LINDB, assim, se apresenta como lei geral e a LACP como instrumento específico.

Por fim, em 2019, a Medida Provisória nº 881/2019, posteriormente convertida na Lei nº 13.874/2019, inseriu o art. 19, §§ 12 e 13, na Lei nº 10.522/02. Os dispositivos são especialmente relevantes, pois abrem espaço para a advocacia pública, no caso a Procuradoria da Fazenda Nacional, celebrar acordos com o Poder Judiciário. Perceba-se que a alteração legislativa muda o patamar do consenso no direito administrativo. Não se está mais tratando de acordo entre as partes do processo. O aspecto mais interessante, neste caso, é a positiva-

³ DIDIER Jr., Fredie; BOMFIM, Daniela. A colaboração premiada como negócio jurídico processual atípico nas demandas de improbidade administrativa. *A&C. - Revista De Direito Administrativo & Constitucional*, v.17, n. 67, p. 105-120, jan./mar. 2017.

ção no ordenamento jurídico de protocolos firmados entre instituições do sistema de justiça (PGFN e Judiciário), negócio jurídico com efeitos processuais para regular número indeterminado de processos.

O rol de artigos até aqui elencados é meramente exemplificativo. Fatalmente, alguns foram olvidados nessa cronologia. Contudo, é de fácil percepção a farta produção legislativa, no sentido da progressiva substituição da mera indisponibilidade por uma disponibilidade regrada do que se convencionou chamar de interesse público. Daí se verifica que, nos dias de hoje, balbuciar abstratamente normas principiológicas como pretensos entraves às práticas conciliatórias transparece, na verdade, um problema de cultura jurídica.

É facilmente observável que prevalece, no cotidiano forense, a cultura da litigância, ou seja, a judicialização das demandas ainda é a regra. Este quadro confirma estudos anteriores, no sentido do aumento vertiginoso da litigiosidade, a partir da Constituição de 1988, principalmente em razão da ampliação do catálogo de direitos fundamentais do cidadão e da facilitação de acesso à jurisdição. O Anuário da Justiça Brasil 2014, por exemplo, aponta que, naquele ano, tramitavam no país 92,2 milhões de processos, o que representava uma taxa de crescimento de 10,6%, nos últimos 4 anos. Entre 1988 e 2013, o volume de ações pendentes de julgamento aumentou 270 vezes. Dados de 2016 dão conta de que, mesmo com pequenas elevações da produtividade, a carga de trabalho do Judiciário permanece crescendo, reflexo do constante aumento do acervo processual.⁴

Interessante observar que tal situação, no âmbito do direito público, decorre, principalmente, da resistência dos próprios administradores públicos e, em certa medida, da advocacia pública. Novamente, são confirmados dados anteriores, que garantem a Administração Pública como principal personagem dos litígios judiciais. Os dados estatísticos consolidados pelo Conselho Nacional de Justiça, em 2011, já demonstravam que o setor público, nos três níveis de governo, figurava como autor ou como réu em 51% das ações, estando entre os cinco maiores litigantes do Brasil.⁵

3. Uma nova cultura e o necessário debate sobre a independência funcional da advocacia pública

Quando se fala que a atual cultura jurídica, resistente ao consenso no direito público, decorre, em certa medida, da oposição da advocacia pública, o leitor mais afoito pode asseverar, lembrando que o articulista é um Defensor Público, que as posições aqui defendidas decorrem exclusivamente de disputas corporativas ou de alguma tentativa leviana de indicar uma postura indolente dos advogados públicos. Na verdade, o objetivo é justamente o oposto.

⁴ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Justiça em números 2016: ano-base 2015*. Brasília: CNJ, 2016.

⁵ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *100 maiores litigantes*. Brasília, 2012.

A repulsa dos advogados públicos à resolução consensual deflui, na realidade, não de uma atitude pessoal, mas sim da falta de respaldo institucional. É forte na doutrina o entendimento de que a desjudicialização de conflitos passa, necessariamente, pela independência das autoridades administrativas responsáveis pelas esferas decisórias. Diz Ricardo Perlingeiro⁶:

A independência das autoridades administrativas para tomada de decisões necessita implicar **prerrogativas para uma atuação livre** que, dentro dos limites da competência administrativa, **não se sujeite ao princípio da subordinação hierárquica**. Tal princípio diz respeito apenas a poderes de disciplina, de estruturação da carreira (promoções e vantagens) e de organização do ingresso de novos funcionários.

(...)

Portanto, **um funcionário público com atribuições decisórias não deve, no exercício de suas atividades, orientar-se por alguma motivação que não seja unicamente a decorrente da sua convicção técnica**, o que, de fato, não impede que o campo da sua atuação decisória seja delimitado por regras claras de competência administrativa de modo a evitar a quebra da unidade da função administrativa. (grifo nosso)

A reticência dos advogados públicos está intimamente ligada à ausência de independência funcional da carreira, isto é, falta de liberdade para o pleno exercício de sua atividade-fim, técnico-jurídica. O problema deita raízes no próprio texto constitucional. A Lei Maior traz cinco instituições como pilares do sistema de justiça, quais sejam (na ordem topográfica do texto):

- Poder Judiciário - Art. 92;
- Ministério Público - Art. 127;
- Advocacia Pública - Art. 131;
- Advocacia - Art. 133;
- Defensoria Pública - Art. 134.

Das cinco, temos quatro instituições públicas (Judiciário, MP, DP e advocacia pública), sendo que apenas a advocacia pública não possui independência funcional constitucionalmente garantida. A independência funcional do Judiciário decorre do simples fato de se tratar de um dos Poderes da República, como se vê no art. 2º, da CRFB/88: “Art. 2º São Poderes da União, **independentes** e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário. (grifo nosso)”.

⁶ PERLINGEIRO, Ricardo. Contemporary challenges in Latin American Administrative Justice. *BRICS Law Journal*, Moscow, v. 3, n. 2, p. 21-56, 2016.

O Ministério Público, por sua vez, possui sua independência funcional prevista no art. 127, §1º, da CRFB/88:

Art. 127. O Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis.

§ 1º - São princípios institucionais do Ministério Público a unidade, a indivisibilidade e a **independência funcional**. (grifo nosso)

Por fim, a Defensoria Pública possui a mesma garantia prevista no art. 134, §4º, da CRFB/88:

Art. 134. A Defensoria Pública é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe, como expressão e instrumento do regime democrático, fundamentalmente, a orientação jurídica, a promoção dos direitos humanos e a defesa, em todos os graus, judicial e extrajudicial, dos direitos individuais e coletivos, de forma integral e gratuita, aos necessitados, na forma do inciso LXXIV do art. 5º desta Constituição Federal. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 80, de 2014)

(...)

§ 4º São princípios institucionais da Defensoria Pública a unidade, a indivisibilidade e a **independência funcional**, aplicando-se também, no que couber, o disposto no art. 93 e no inciso II do art. 96 desta Constituição Federal. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 80, de 2014) (grifo nosso)

Em acréscimo, os membros das três carreiras possuem a mesma prerrogativa garantida legalmente. A Lei Complementar nº 35/1979, Lei Orgânica da Magistratura Nacional, possui duas previsões sobre o tema:

Art. 35 - São deveres do magistrado:

I - Cumprir e fazer cumprir, com **independência**, serenidade e exatidão, as disposições legais e os atos de ofício; (grifo nosso)

Art. 40 - A atividade censória de Tribunais e Conselhos é exercida com o resguardo devido à dignidade e à **independência** do magistrado. (grifo nosso)

A Lei Orgânica Nacional do Ministério Público (Lei nº 8.625/1993) e a Lei Complementar nº 80/1994, que organiza a Defensoria Pública da União, do Distrito Federal e dos Territórios e prescreve normas gerais para sua organização nos Estados, são ainda mais expressas:

Art. 41. Constituem **prerrogativas dos membros do Ministério Público**, no exercício de sua função, além de outras previstas na Lei Orgânica: (grifo nosso)
(...)

V - gozar de **inviolabilidade** pelas opiniões que externar ou **pelo teor de suas manifestações processuais ou procedimentos, nos limites de sua independência funcional**; (grifo nosso)

Art. 43. São **garantias dos membros da Defensoria Pública da União**: (grifou-se)

I - a **independência funcional** no desempenho de suas atribuições; (grifo nosso)

Em sentido oposto, a Lei Orgânica da Advocacia-Geral da União (Lei Complementar nº 73/1993) assevera uma rígida estrutura hierárquica, não apenas na atividade-meio (administrativa), mas também na atividade-fim. Vejamos:

Art. 28. Além das proibições decorrentes do exercício de cargo público, aos membros efetivos da Advocacia-Geral da União é **vedado**: (grifo nosso)
(...)

II - **contrariar súmula, parecer normativo ou orientação técnica adotada pelo Advogado-Geral da União**; (grifo nosso)

Registre-se que a vinculação hierárquica dos advogados públicos não se dá apenas em relação ao superior hierárquico da respectiva Procuradoria, mas há também os limites impostos pelo administrador público. Recentemente, tal situação ficou bastante explícita através de fato amplamente repercutido pela imprensa nacional. Poucas horas depois de o Advogado-Geral da União anunciar que não iria recorrer da liminar do Supremo Tribunal Federal que suspendeu a nomeação de Alexandre Ramagem para o cargo de Diretor-Geral da Polícia Federal, o Presidente Jair Bolsonaro desautorizou o órgão e disse que o governo tentaria reverter a decisão. Quando indagado sobre o posicionamento do chefe da AGU, o Presidente afirmou: “Quem manda sou eu”.⁷

Assim, diante da falta de liberdade para o pleno exercício de sua atividade finalística, técnico-jurídica, de eventual discordância do administrador público do momento e até de um compreensível temor de uma futura responsabilização funcional, os advogados públicos acabam por se esquivar das alternativas consensuais de resolução de conflitos e optam por impelir mais uma demanda para a última palavra do Judiciário.

⁷ LINDNER, Julia; BEHNKE, Emily; ROSA, Vera; SAMPAIO, Dida. Bolsonaro desautoriza AGU e diz que vai recorrer por nomeação de Ramagem: Quem manda sou eu. *O Estado de S. Paulo*, São Paulo, 29 abril 2020.

Uma nova cultura do direito administrativo, menos burocrática,⁸ menos cartorial,⁹ mais fundada nos diálogos institucionais e na autocomposição, passa, necessariamente, pelo debate sobre a independência funcional da advocacia pública, talvez a única inovação normativa faltante neste microssistema do direito administrativo do consenso.

4. Exemplos concretos de práticas consensuais

A nova cultura aqui defendida, como já colocado, traz implícita, em sua gênese, a relevância da teoria dos diálogos institucionais. No final do século passado, emerge importante alteração no pensamento constitucional, liderado, sobretudo, por teóricos canadenses, asseverando a necessidade de um novo modelo de proteção de direitos constitucionais, alternativo ao modelo do *judicial review*, com a discussão do redimensionamento do papel do Poder Judiciário e da legitimidade das instituições democráticas promoverem interpretações constitucionais.

O Canadá, cuja tradição jurídica está ligada ao direito inglês, exaltava o princípio da supremacia do Parlamento. Entretanto, por ocasião da implementação da sua Carta de Direitos, acabou por efetivar um singular modelo de controle judicial de constitucionalidade, cuja principal característica diz respeito à possibilidade de o legislativo superar a decisão judicial, mediante o manejo da denominada cláusula *notwithstanding*, autorizando a reedição pelo legislativo de norma declarada inconstitucional pela Suprema Corte.¹⁰ Assim, buscava o direito canadense superar a supremacia judicial e a dificuldade contramajoritária do direito norte-americano, instituindo um modelo capaz de privilegiar o diálogo entre poderes, em detrimento do monólogo judiciário.¹¹

Este novo paradigma reconhece algumas ideias fundamentais, notadamente a da existência de um novo constitucionalismo contemporâneo, em que a questão deixa de ser “quem deve interpretar”, mas sim buscar uma teoria construída a partir de uma proposta cooperativa, pela qual as instituições possam compartilhar fundamentos comuns ao operacionalizar as ordens jurídicas e políticas da realidade democrática.¹²

O debate em tela se funda na ideia de que, no âmbito das atividades institucionais, as controvérsias devem ser resolvidas preferencialmente por meio de uma atividade dialógica,

⁸ FARIA, E. F.; REZENDE, R. H. A cultura burocrática e o prejuízo ao desenvolvimento nacional. In: CLARK, Giovanni; PINTO, Felipe Chiarello de Souza; OPUSZKA, Paulo Ricardo. (Org.). *A cultura burocrática e o prejuízo ao Desenvolvimento Nacional*. v.1, 1 ed. Florianópolis: FUNJAB, 2013. p. 24-39. (Coleção CONPEDI/UNINOVE).

⁹ JAGUARIBE, Hélio. Política de clientela e política ideológica. *Digesto Econômico*, v.6, n. 68, p. 41, jul. 1950.

¹⁰ VICTOR, Sérgio Antônio Ferreira. *Diálogo institucional, democracia e estado de direito: o debate entre o Supremo Tribunal Federal e o Congresso Nacional sobre a interpretação da constituição*. 2013. Tese (Doutorado em Direito do Estado) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013.

¹¹ GARDBAUM, Stephen. The New Commonwealth Model of Constitutionalism. *American Journal of Comparative Law*, v. 49, p. 707-760, 2001.

¹² HOGG, Peter; BUSHELL, Allison. The ‘Charter’ dialogue between Courts and Legislatures. *Osgood Hall Law Journal*, v. 35, n. 1, p. 75-124, 1997.

problematizando o tradicional comportamento isolacionista das instituições. A cooperação institucional em uma ordem constitucional lhe proporciona maior coesão e estabilidade. Nessa toada, se revisita o papel das instituições e sua atuação no Estado Democrático e de Direito, no sentido de aperfeiçoar um sistema cooperativo e progressivo, a partir das relações entre instituições, em uma comunidade dialógica e convergente.¹³ Sob esse prisma, ascende uma rede de reciprocidade, arquitetada a partir de um procedimento democrático de decisão coletiva compatível com as diferentes concepções de justiça de uma sociedade pluralista.¹⁴⁻¹⁵

A ideia de supremacia judicial permanece existente, mas não se confunde com a concepção de monopólio judicial. O monopólio judicial afirma que a atividade de interpretação da Constituição deve ser desempenhada, exclusivamente, pelo Judiciário. A supremacia judicial, por sua vez, admite que outros Poderes (e instituições) interpretem a Constituição, ressaltando, porém, que a exegese judicial é a final.¹⁶

Não obstante tal construção teórica ter sido alavancada por grandes debates constitucionais, nada impede que transportemos sua lógica para a “microjustiça” das demandas individuais, principalmente no contexto caótico decorrente da pandemia. Destarte, a cultura consensual do direito administrativo se coloca como um espaço de diálogo entre as várias instituições envolvidas no sistema de justiça, possibilitando a construção de uma decisão conjunta pelas partes, prescindindo, assim, de uma resolução imposta verticalmente pelo Poder Judiciário.

Não se está a propor grandes revoluções ou práticas utópicas. Já existem algumas iniciativas bem sucedidas na prática jurídica brasileira que poderiam ser potencializadas e replicadas em maior escala. Por exemplo, o projeto da Câmara de Resolução de Litígios de Saúde (CRLS), instituído através do Convênio de Cooperação nº 003/504/2012, celebrado em 12 de junho de 2012, congrega membros da Defensoria Pública Geral do Estado do Rio de Janeiro e da Defensoria Pública da União, bem como Procuradores do Estado do Rio de Janeiro, Procuradores do Município do Rio de Janeiro e Equipes de Apoio Técnico da Secretaria de Estado de Saúde do Rio de Janeiro e da Secretaria Municipal de Saúde do Rio de Janeiro, a fim de promover o atendimento, em local único, de hipossuficientes assistidos pela DPGE-RJ e pela DPU-RJ que demandem prestação de serviço de saúde, fomentando-se a resolução administrativa para oferta de medicamentos, agendamento de procedimento cirúrgico, ou exame médico, em detrimento da judicialização dos casos.

¹³ ARAÚJO, Luis Cláudio Martins. Supremacia ou diálogos judiciais? O desenvolvimento de uma jurisdição constitucional verdadeiramente democrática a partir da leitura institucional. *Revista do Instituto do Direito Brasileiro*, Lisboa, ano 3, n. 1, p. 1-45, 2014.

¹⁴ SUNSTEIN, Cass R.; VERMEULE, Adrian. Interpretation and institutions. *Chicago Public Law and Legal Theory Working Paper Series*, n. 28, p. 1-55, 2002.

¹⁵ WALDRON, Jeremy. A right-based critique of constitutional rights. *Oxford Journal of Legal Studies*, v. 13, n. 18, p. 18-51, 1993.

¹⁶ BRANDÃO, Rodrigo. *Supremacia judicial versus diálogos constitucionais: a quem cabe a última palavra sobre o sentido da Constituição?* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012.

Na sede da CRLS, atuam membros das Defensorias Públicas, na coordenação dos atendimentos realizados, no processamento dos casos apresentados, na adoção das medidas extrajudiciais e judiciais pertinentes, no fomento aos debates institucionais e na formulação de propostas de alteração e implementação de políticas públicas em saúde. Ademais, os representantes das Secretarias de Saúde atuam no acolhimento humanizado e orientação aos assistidos, na análise técnica dos casos, na elaboração de pareceres, na instauração de procedimentos de compra e contratação para satisfação das demandas apresentadas, consoante as definições que ocorrerem em audiências entre os Órgãos integrantes do Convênio, e na prestação de informações acerca da organização e funcionamento do Sistema Único de Saúde, da Atenção Básica até os atendimentos prestados nas Unidades Terciárias de Alta Complexidade, imprescindíveis às práticas jurídico-administrativas das Defensorias Públicas. Por outro lado, conforme disposto no Convênio de Cooperação em epígrafe, há previsão de atuação da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro e da Procuradoria do Município do Rio de Janeiro na designação de Procuradores para atuação nas audiências da CRLS previstas no referido instrumento, quando vierem a ocorrer, e na orientação jurídica da Secretaria de Estado de Saúde do Rio de Janeiro e da Secretaria Municipal de Saúde do Rio de Janeiro, respectivamente, acerca das medidas administrativas a serem implementadas para a consecução de suas atribuições na Câmara, quando necessário. Outrossim, há auxílio do Poder Judiciário que, através do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, designa mediadores, supervisiona e coordena a atividade de mediação, quando ocorrerem as audiências na Câmara previstas no instrumento de cooperação celebrado.¹⁷

O trabalho “Desjudicialização da Saúde por meio da Conciliação”, resultado do Termo de Cooperação celebrado entre a Defensoria Pública da União, a Justiça Federal do Amapá e o Ministério Público Federal, promove audiências permanentes de conciliação, com a participação das secretarias de saúde do Estado e/ou município de Macapá. O resultado tem sido a solução rápida e efetiva de demandas complexas, como a realização de cirurgias oncológicas ou exames especializados, por meio de acordos celebrados entre as instituições envolvidas.¹⁸

Os Defensores Públicos da comarca de Ponte Nova foram premiados com o primeiro lugar, no IV Concurso de Práticas Exitosas da Defensoria Pública de Minas Gerais (DPMG). O projeto envolve termo de cooperação técnica entre o Município e a Defensoria, visando à desjudicialização das demandas e a melhoria nos fluxos dos atendimentos na área da saúde. Na prática, o farmacêutico da Secretaria Municipal de Saúde, uma vez por semana, atua junto ao atendimento da Defensoria Pública.¹⁹

¹⁷ TAVARES, Lucia Lea Guimarães; MASCARENHAS, Rodrigo; PALHEIRO, Pedro Henrique Di Mais; GOMES FILHO, Hugo Gonçalves; SARAIVA, Maria Luiza de Luna B. Câmara de resolução de litígios de saúde – CRLS. *Prêmio Innovare*, edição XI, 2014.

¹⁸ DESJUDICIALIZAÇÃO da saúde por meio da conciliação pré-processual. Tribunal Regional Federal da 1ª REGIÃO, [s.d.].

¹⁹ PROJETO MUNICIPAL de desjudicialização da saúde conquista 1º lugar em premiação estadual. *Prefeitu-*

Observamos, assim, importantes interlocuções extrajudiciais entre instituições essenciais do sistema de justiça, capazes de dirimir conflitos relacionados à tutela do direito à saúde, sem intervenção judicial, mas de forma célere e efetiva. Poder-se-ia, portanto, replicar tais práticas, atualmente restritas a poucas cidades, para os demais Municípios e Estados, a fim de agilizar demandas relacionadas à pandemia, como, por exemplo, disponibilização de leitos de UTI ou distribuição de respiradores.

Outro exemplo interessante, especificamente relacionado ao contexto de pandemia, diz respeito à Portaria nº 423, de 19 de Junho de 2020, do Ministério da Cidadania, que estabeleceu um Acordo de Cooperação Técnica entre Defensoria Pública da União e Governo Federal, viabilizando procedimentos de contestação extrajudicial de indeferimentos de requerimentos do auxílio emergencial instituído pela Lei nº 13.982/2020, verba destinadas para garantia da manutenção básica de pessoas que tiveram sua renda prejudicada pela pandemia COVID-19. Por mais que o acordo estabeleça um contraditório limitado no âmbito extrajudicial, se abriu um certo filtro para redução da judicialização.

Vale registrar que, até 20 de junho de 2020, a Defensoria Pública da União (DPU) já havia instaurado 27.100 procedimentos administrativos pelo não recebimento do auxílio emergencial. Desde o fim de maio, a DPU havia registrado, a cada dia útil, pelo menos 1.000 procedimentos.²⁰ Abrir o leque de possibilidades de resolução de conflitos passou a ser uma necessidade não apenas para a Defensoria Pública, mas para todo o sistema de justiça que seria sobrecarregado por tal demanda. Afunilar o atendimento das demandas em uma única via de solução (no caso, o Judiciário), coloca em risco não apenas a subsistência dos jurisdicionados, mas a credibilidade de todo o sistema jurídico.

5. Conclusão

O presente artigo buscou trabalhar a necessidade de uma nova cultura de resolução de conflitos em face da administração pública, especialmente diante dos novos desafios impostos pela pandemia COVID-19. A cultura da litigiosidade, ou cultura da sentença, vigente no direito pátrio, segundo a qual todos os conflitos devem ser decididos verticalmente pelo Judiciário, não por uma questão filosófica, mas sim por um imperativo pragmático, precisa ser mitigada. A escalada exponencial de demandas variadas, decorrentes do contexto pandêmico, ameaça paralisar a máquina judiciária e sobrecarregar as demais instituições componentes do sistema de justiça, tornando relevante a desbravada de novas alternativas.

Como exposto acima, o direito administrativo do consenso não demanda grandes inovações normativas. Na verdade, já existe farto arcabouço legal sobre o tema. Há que se buscar

ra Municipal de Ponte Nova, 21 out. 2016.

²⁰ 27 MIL RECORRERAM à Defensoria Pública para receber o auxílio emergencial. *Poder 360*, 20 jun. 2020.

apenas ajustes finos, notadamente sobre a independência funcional dos advogados públicos, a fim de se conferir o suporte institucional necessário para que os agentes públicos coloquem em prática o texto legal, ao invés criarem anteparos virtuais através de princípios abstratos.

Já existem exemplos exitosos que podem ser replicados em larga escala. Portanto, não se está a propor soluções acadêmicas sem assento na realidade prática. Contudo, transpor o direito administrativo consensual dos textos legais para o plano empírico demanda um novo olhar dos operadores do Direito para o sistema de resolução de conflitos, com foco menos voltado para a burocracia e mais preocupado com uma solução construída de maneira coletiva entre as instituições do sistema justiça.

No “novo normal” do sistema de justiça, insistir na judicialização como via quase única para a solução dos conflitos coloca em risco a sobrevivência, não apenas metaforicamente, dos jurisdicionados, mas também de todas as instituições do sistema de justiça.

Referências

27 MIL RECORRERAM à Defensoria Pública para receber o auxílio emergencial. *Poder 360*, 20 jun. 2020. Disponível em: <<https://www.poder360.com.br/justica/27-mil-recorreram-a-defensoria-publica-para-receber-o-auxilio-emergencial/>> Acesso em: 05 jul. 2020.

ARAÚJO, Luis Cláudio Martins. Supremacia ou diálogos judiciais? O desenvolvimento de uma jurisdição constitucional verdadeiramente democrática a partir da leitura institucional. *Revista do Instituto do Direito Brasileiro*, Lisboa, ano 3, n.1, p 1-45, 2014.

BRANDÃO, Rodrigo. *Supremacia judicial versus diálogos constitucionais: a quem cabe a última palavra sobre o sentido da Constituição?* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *100 maiores litigantes*. Brasília, 2012. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/images/pesquisas-judiciarias/pesquisa_100_maiores_litigantes.pdf>. Acesso em: 20 jun. 2020.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Justiça em números 2016: ano-base 2015*. Brasília: CNJ, 2016. Disponível em: <<http://cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/10/b8f46be3dbbf344931a933579915488.pdf>>. Acesso em: 20 jun. 2020.

DESJUDICIALIZAÇÃO da saúde por meio da conciliação pré-processual. Tribunal Regional Federal da 1ª REGIÃO, [s.d.]. Disponível em: <<http://www.trf1.jus.br/dspace/bitstream/handle/123/120098/Desjudicializa%C3%A7%C3%A3o%20da%20sa%C3%BAde%20Amap%C3%A1.pdf?sequence=1>>. Acesso em: 19 jun. 2020.

DIDIER Jr., Fredie; BOMFIM, Daniela. A colaboração premiada como negócio jurídico processual atípico nas demandas de improbidade administrativa. *A&C - Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Curitiba, v. 17, n. 67, p. 105-120, jan./mar. 2017.

FARIA, E. F.; REZENDE, R. H. A cultura burocrática e o prejuízo ao desenvolvimento nacional. In: CLARK, Giovani; PINTO, Felipe Chiarello de Souza; OPUSZKA, Paulo Ricardo (Org.). *A cultura burocrática e o prejuízo ao desenvolvimento nacional*. v. 1, 1ed. Florianópolis: FUNJAB, 2013. p. 24-39. (Coleção CONPEDI/UNINOVE).

GARDBAUM, Stephen. The New Commonwealth Model of Constitutionalism. *American Journal of Comparative Law*, v. 49, p. 707-760, 2001. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=302401>>. Acesso em: 8 jul. 2020.

HOGG, Peter; BUSHELL, Allison. The ‘Charter’ dialogue between Courts and Legislatures. *Osgood Hall Law Journal*, v. 35, n. 1, p. 75-124, 1997.

JAGUARIBE, Hélio. Política de clientela e política ideológica. *Digesto Econômico*, v. 6, n. 68, jul. 1950.

LACAN, J. *O Seminário. Livro IV. A relação de objeto*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1995.

LINDNER, Julia; BEHNKE, Emily; ROSA, Vera; SAMPAIO, Dida. Bolsonaro desautoriza AGU e diz que vai recorrer por nomeação de Ramagem: Quem manda sou eu. *O Estado de S. Paulo*, São Paulo, 29 abril 2020. Disponível em: <<https://politica.estadao.com.br/noticias/geral,bolsonaro-desautoriza-agu-e-diz-que-vai-recorrer-por-nomeacao-de-ramagem-quem-manda-sou-eu,70003287642>>. Acesso em: 05 jul. 2020.

PERLINGEIRO, Ricardo. Contemporary challenges in Latin American Administrative Justice. *BRICS Law Journal*, Moscow, v. 3, n. 2, p. 21-56, 2016. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=2836912>>. Acesso em: 11 jun. 2020.

PROJETO MUNICIPAL de desjudicialização da saúde conquista 1º lugar em premiação estadual. *Prefeitura Municipal De Ponte Nova*, 21 out. 2016. Disponível em: <<http://pontenova.mg.gov.br/2016/10/21/projeto-municipal-de-desjudicializacao-da-saude-conquista-1o-lugar-em-premiacao-estadual>>. Acesso em: 19 jun. 2020.

SANDER, Frank. *Varieties of dispute processing*. Minnesota: West Publishing, 1979.

SUNSTEIN, Cass R.; VERMEULE, Adrian. Interpretation and institutions. *Chicago Public Law and Legal Theory Working Paper Series*, n. 28, p. 1-55, 2002.

TAVARES, Lucia Lea Guimarães; MASCARENHAS, Rodrigo; PALHEIRO, Pedro Henrique Di Mais; GOMES FILHO, Hugo Gonçalves; SARAIVA, Maria Luiza de Luna B. Câmara de resolução de litígios de saúde – CRLS. *Prêmio Innovare*, edição XI, 2014. Disponível em <<http://www.premioinnovare.com.br/praticas/camara-de-resolucao-de-litigios-de-saude-crls--114/>>. Acesso em: 10 jun. 2020.

VICTOR, Sérgio Antônio Ferreira. *Diálogo institucional, democracia e estado de direito: o debate entre o Supremo Tribunal Federal e o Congresso Nacional sobre a interpretação da constituição*. 2013. Tese (Doutorado em Direito do Estado) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013. Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2134/tde-19022014-161546/>>. Acesso em: 29 maio 2020.

WALDRON, Jeremy. A right-based critique of constitutional rights. *Oxford Journal of Legal Studies*, v. 13, n. 18, p. 18-51, 1993.

Capítulo 13

Cabimento da Mediação e Conciliação no Direito Administrativo

Alexandre Lins Giraldes

Resumo

Este artigo tem a finalidade de trazer a reflexão quanto a necessidade premente, neste momento de pandemia, de ampliar a efetivação de outros meios alternativos de solução de litígios no âmbito do Poder Público. Reforçar a importância desse novo paradigma de jurisdição que insurge da atual concepção processual, reafirmada através do Código de Processo Civil/2015, e que encontra acomodação no âmbito de direito público, assim como sustentáculo na Constituição e na legislação vigente. Outrossim, examinar, de forma concisa, princípios comuns ao Direito Administrativo que, em princípio, são sacados pela advocacia pública enquanto óbices a implementação de tais medidas alternativas no ambiente da administração e do Judiciário. Por fim, analisar a viabilidade de efetivação dos mecanismos de autocomposição como meio a outorgar uma eficiente prestação de serviço público e jurisdicional, além de incrementar efetividade e economicidade ao erário público.

Palavras-chave

Direitos humanos, sistema interamericano de direitos humanos, controle de convencionalidade, administração pública.

Sumário

1. Introdução
2. Perspectiva moderna da jurisdição
3. A inércia do Poder Público na aplicação das medidas alternativas de solução de conflitos
4. Princípio da indisponibilidade do interesse público e da supremacia
5. Princípio da impessoalidade da administração pública
6. Conclusão

1. Introdução

Com a implementação da Emenda Constitucional 45/2004, legisladores, doutrinadores e atores processuais, potencializou-se ênfase aos mecanismos de autocomposição enquanto institutos eficazes a uma prestação jurisdicional célere e que assegurasse a razoável duração do processo. Isso porque além de viabilizar as partes uma resposta breve quanto as demandas levadas ao Judiciário, os mecanismos de autocomposição oportunizam às partes encontrarem alternativas a melhor solução para os litígios e, nesta sintonia, encontrar outras saídas de modo a pacificar as relações sociais outrora em tensão.

Há algum tempo é realidade o empreendimento de esforços para implementação de outras medidas alternativas para solução de litígios como meio de efetivação da jurisdição, bem como visando reduzir o acervo e a morosidade processual, que pode ser creditada, em boa parte, por demandas decorrentes da atuação da administração pública.

A doutrina, no campo de direito privado, fornece substancial subsídio de princípios e ensinamentos técnicos ao aperfeiçoamento da autocomposição e heterocomposição, em deferência a essas outras medidas adequadas, enquanto meios capazes a resolução de conflitos de interesse.

Ocorre que no direito público tal elaboração não é tão profícua. Encontramos dificuldades na sua implementação em razão de conceitos e princípios, há muito consolidados em direito administrativo, principalmente quanto **a Supremacia do Interesse Público, a Indisponibilidade do Interesse Público e a Impessoalidade da Administração Pública**, relevando-se muros, óbices a modernização da relação entre os cidadãos e a administração pública. Inclusive, existem vozes na doutrina que sinalizam no sentido de que apesar da administração pública ter se constitucionalizado, os fundamentos e seus princípios ainda se regem por preceitos extraídos de normas infraconstitucionais.

Ainda que se admita que tal dificuldade também decorra, enquanto efeito secundário do nosso sistema monista de jurisdição, hoje possuímos uma série de permissivos legais e concepções adequadas quanto a extensão de indisponibilidade e impessoalidade como salvaguardas do interesse público, não mais se justificando tais entraves, nesse momento de pandemia, merecendo uma revolução de ideias e iniciativas de modo a nortear a administração pública ao encontro dos institutos da mediação e conciliação para efetivação de benefícios à própria administração pública, bem como a sociedade.

E nesse sentido, temos hoje um novo marco legal à consagração da consensualidade administrativa, art. 26 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, Lei 13.655/18. Muito embora já se encontrassem, entre nós, mecanismos que exercitavam tais valores: TACs, acordos de leniência, colaboração premiada, acordos substitutivos no âmbito das agências reguladoras, termos de compromisso no âmbito da CVM, termos de cessação de conduta no âmbito do CADE.

Alguns podem ponderar quanto a existência da Câmara de Conciliação e Arbitragem da Administração Federal (CCAF), instituída pelo Ato Regimental AGU nº 5 de 2007 (portanto, órgão vinculado à Advocacia Geral da União — AGU), porém esta restringe-se a conflitos internos que envolvam a administração direta e indireta.

Diante desse cenário, a administração pública tem o poder/dever de estender tais modelos consensuais para os conflitos de direito privado, em observância a Lei 13.140/2015, associada a conciliação e desburocratização dos trâmites legais durante o processo, como solução as demandas que insurgirão da pandemia do COVID 19, exigindo do Poder Público a flexibilização e solidariedade para superação dos futuros desafios que certamente o Judiciário, já excessivamente assoberbado, não será capaz de suportar.

Aliás, essa é a opinião do Ministro Luis Felipe Salomão do STJ¹ que em recente entrevista à revista *Justiça e Cidadania*, já sinaliza no sentido da necessidade de adoção de medidas profiláticas, como o investimento em conciliação e mediação prévia, enquanto meio de “achatar” a curva das demandas no pós-pandemia.

2. Perspectiva moderna da jurisdição

Para a abordagem desse trabalho, toma-se como base a moderna concepção de jurisdição – não mais restrita a mera aplicação de direito material pelo Estado-juiz – para justa compreensão de que os meios alternativos têm efeitos para além do processo judicial.

O processo deve ser analisado na perspectiva jurídica de sua finalidade, qual seja, a composição de lides por meio de uma atividade jurisdicional criativa, bem como as implicações sociais e políticas.

Com efeito, a atividade jurisdicional, como função estatal, não está circunscrita a declaração de direitos por parte do Estado, através da atuação do Estado-juiz. Com advento do novo CPC, reforçou-se, através da implementação dos meios alternativos de solução de conflitos, justamente visando reduzir demandas, atender o princípio da razoável duração do processo e orientar a sociedade na busca de paz social e na autocomposição de direitos. Definitivamente entramos na fase moderna do Direito Processual Contemporâneo: o exercício da jurisdição estimulando a Autocomposição (conciliação, mediação e transação).

A partir do rompimento desse paradigma individualista, a jurisdição representa a imagem pública de como o Estado age para dirimir os conflitos. A atividade do Estado-juiz é apenas um de seus objetivos. Sua atuação volta-se aos reflexos sociais, visando a satisfação social e não apenas a aplicação do direito isoladamente, como sugere doutrinas outrora ultrapassadas.

¹ ENTREVISTA com Luis Felipe Salomão: “Temos que achatar a curva das demandas”. *Justiça & Cidadania*, Rio de Janeiro, Edição 237, 10 maio 2020.

Ou seja, a concretização do direito por intermédio da efetivação da função jurisdicional também está prestigiada através da conciliação, mediação e outros métodos de solução consensual de conflitos – todos eles como típicos exercícios de jurisdição. Reforça tal ideia a previsão contida no art. 190 do CPC em que as partes podem extrajudicialmente ajustar os futuros atos processuais a serem praticados.

Ocorre que em relação ao Poder Público a adoção da autocomposição está atrasada, não obstante os diversos diplomas legais neste sentido.

3. A inércia do Poder Público na aplicação das medidas alternativas de solução de conflitos

Não obstante as novas concepções modernas de medidas adequadas a solução de litígios, inclusive com a recomendação do CNJ, Resolução 125/2010, no sentido de criação de câmaras públicas visando a conciliação e a mediação, a administração pública está na contramão dessas soluções alternativas em sua atuação judicial, bem como na extrajudicial, por conta de consolidados dogmas, não obstante ser responsável por cerca de 40 por cento dos processos em trâmite no país, conforme anuncia o Ministro Luis Felipe Salomão em artigo publicado no CONJUR no ano de 2015.²

E mais, os advogados públicos se recusam comumente a realizar conciliações nos Juizados Especiais, invocando a indisponibilidade do interesse público, princípio basilar de Direito Administrativo, prestigiando a cultura da litigiosidade e mitigando, a toda evidência, a 3ª onda renovatória que consiste numa concepção mais ampla de acesso à Justiça. E isso, certamente ocorre por parte desses profissionais, por receio de eventuais responsabilizações funcionais por atos de natureza transacional. Inclusive, para neutralizar tal efeito, existe uma já antiga Proposta de Emenda à Constituição 82 de 2007, na qual tem como objetivo dar independência funcional aos advogados públicos – o que certamente lhes asseguraria maior autonomia, viabilizando a propositura de acordos.

Ocorre que esse receio não encontra suporte doutrinário e jurisprudencial. Isso porque, já há algum tempo, o Princípio da Indisponibilidade do Interesse Público foi reavaliado, justamente para se adequar aos novos anseios sociais e adequação aos princípios constitucionais da Eficiência, da Economicidade e o da Razoável Duração do Processo.

Nessa nova ordem instaurada pela Constituição e o novo CPC, houve a promulgação da Lei 13.129/2015 dispondo que a administração pública direta e indireta poderá se valer da arbitragem para solucionar conflitos relativos a direitos patrimoniais disponíveis.

² CANÁRIO, Pedro. Mediação e Arbitragem: Judiciário precisa ser realmente o último recurso da cidadania. *Consultor Jurídico*, São Paulo, 21 jun. 2015.

Logo a seguir a Lei 13.140/2015 normatizou a mediação no âmbito da administração pública, regulamentando critérios e autorizando a implementação dessa medida alternativa como meio de autocomposição.

Portanto, em consonância ao Princípio da Legalidade, a Advocacia Geral da União, as Procuradorias Estaduais e Municipais possuem autorização legal para dirimir conflitos com particulares, órgãos e entidades da administração pública, avaliando a admissibilidade dos pedidos, e, por autocomposição, celebrar transações, acordos e termos de ajustamento de conduta, não se justificando a inércia empreendida, mitigando a legitimidade do exercício da atividade administrativa pelo Estado, revelados pelos princípios da responsabilidade estatal e da moralidade administrativa.³

4. Princípios da Indisponibilidade do Interesse Público e da Supremacia

É realidade, entre nós, a constante recusa da Fazenda Pública em participar de audiências de conciliação e mediação, sustentando estar desautorizada a transacionar (art. 334, §4º, inciso II, do CPC) invocando o princípio do interesse público enquanto óbice.

Ocorre que tal concepção está ultrapassada diante dos novos diplomas legais mencionados, encontrando suporte na doutrina e na jurisprudência que distinguem o interesse público primário, do interesse público secundário;⁴ seja porquanto o momento de pandemia que assola a sociedade exige maior flexibilidade e destemor dos advogados públicos e suas chefias na operacionalização das inovadoras medidas alternativas, enquanto equalizadoras de princípios constitucionais como o da eficiência, economicidade e razoável duração do processo, reduzindo custos, despesas e encargos com demandas que comprometam diretamente a fazenda pública e, indiretamente, a sociedade como um todo.

Nessa toada, novas interpretações jurídicas podem e devem ser recepcionadas a partir de preceitos constitucionais e legais fixados para o regular exercício do poder público, guindando-o na direção dos grandes desafios que brotam desse cenário pandêmico, eis que ainda que admitido que é mero gestor de bens e interesses públicos, esses devem ser reger em prol da coletividade e não se abster de deveres legais, onerando seus titulares, ou seja, a

³ Nessa esteira de entendimento, ver as duas monografias publicadas por Procuradores da AGU na Revista da Escola da Advocacia da União, BRADBURY, Leonardo Cacao Santos La. *Advocacia Geral da União: Órgão de defesa dos direitos fundamentais e aplicador da nova hermenêutica constitucional*. *Revista da Escola da Advocacia-Geral da União*, Brasília, n. 15, p. 45-84, fev. 2012; e DAVI, Kaline Ferreira. *Modos alternativos de um contencioso não jurisdicional e o papel a ser desempenhado por uma Advocacia-Geral da União cidadã*. *Revista da Escola da Advocacia da União*, Brasília, n. 15, p. 85-115, fev. 2012.

⁴ Ver BRASIL. STJ. RESP. 799841. Relator: Min. Luiz Fux. RS 2005/0195461-0. Brasília, 18 de outubro de 2007. DJ, 08 nov. 2007. Ver doutrina: MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 42 ed. São Paulo: Malheiros, 2016; DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 32 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019; BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 32 ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

sociedade, de forma direta ou indireta. Enfim, a geração de soluções consensuais importa em economicidade e efetiva redução da demanda no Judiciário, ainda que isso importe em alguma concessão, mas que necessariamente implica em economicidade aos cofres públicos e rompimento da tensão social.

Ainda nesse viés, deve-se ter em mente que a percepção de intransigibilidade advém de uma concepção equivocada de que nenhum direito que envolva interesse público não é passível de transação. Isso porque, como já dito, a doutrina e a jurisprudência, já há algum tempo, reconhecem a existência do interesse público primário, esse intransigível, e o interesse público secundário, transigível. ***Portanto, é mais adequado falar em vinculação ao interesse público, ao invés de indisponibilidade do interesse público.***

Os interesses públicos primários são os interesses que alcançam o coletivo e por isso se sobrepõem ao particular. Os secundários seriam os interesses patrimoniais do Estado, na preservação do erário, auferindo receitas ou evitando gastos, e aqueles de manifestação de interesses secundários, os atos internos de gestão administrativa, ou seja, aqueles decorrentes das atividades-meio da administração.

Assim, a partir da análise do princípio da indisponibilidade do interesse público é possível concluir que a transação não é admitida quanto aos interesses primários do Estado. Contudo, aos interesses secundários, de ordem meramente patrimonial e atinentes à gestão estatal, deve-se admitir a autocomposição como regra.

Com efeito, cabe ao administrador público, na qualidade de gestor dos bens e interesses públicos, zelar pela melhor aplicação dos recursos que vão desde a escolha onde aplicar os bens e dinheiros e, até mesmo, estancar/evitar contendas judiciais, sabidamente perniciosas ao interesse público e da coletividade.

Dessarte, não se mostra razoável invocar a supremacia do interesse público a qualquer tempo, em qualquer circunstância, em patente prejuízo à própria administração pública, sem antes ponderar sua aplicabilidade a partir dos princípios da razoabilidade e proporcionalidade.

A bem da verdade, o interesse público estará melhor tutelado, nos casos em que a administração pública esteja envolvida em demandas que lhe são desfavoráveis, celebrando acordos, com a parte adversa, minimizando seus custos operacionais e judiciais atrelados à demanda.

Aliás, a partir da Emenda Constitucional 19/1998, o legislador constitucional impôs decisivo Princípio da Eficiência a administração pública, autorizando o administrador público a fomentar mecanismos gerenciais que desburocratizem sua atuação, numa aproximação aos ideais privados, afastando-o do desperdício, morosidade e falta de produtividade.

Ou seja, a partir da aplicação do Princípio da Eficiência, aliado ao também inovador Princípio da Razoável Duração do Processo, implementado na Emenda Constitucional n. 45/2004, não existem mais sustentáculos principiológicos a justificar a jurisdicionalização,

muito menos se alongar em moroso trâmite processual no aguardo de decisões, ao invés de transacionar, em descrédito da atuação pública, em visível prejuízo aos seus interesses e aos direitos dos cidadãos.

Desse modo, a partir da ponderação dos riscos e observância dos precedentes jurisdicionais, cabe à administração pública fomentar a celebração de acordos em casos permitidos, em especial, naqueles correlatos ao interesse público secundário, para o fim de otimizar recursos com o final precoce e amigável da lide.

Resumindo, compete aos representantes da fazenda pública e seus advogados estimular a prática dos atos de mediação e conciliação quando estejam em discussão interesses disponíveis da administração (interesse público secundário), visando a alteração da cultura até então estabelecida no sentido de ser intransigível qualquer interesse público.

5. Princípio da impessoalidade da Administração Pública

Para essa apresentação tal princípio importa na sua acepção de igualdade/isonomia, porém sem se distanciar de sua perspectiva de imparcialidade e objetividade nas avaliações e atividades procedidas pela Administração Pública. Reforce-se, ainda, que o princípio da impessoalidade como sinônimo do princípio da finalidade, ao administrador somente é válido praticar o ato objetivando seu fim legalmente previsto, vedando a prática do ato sem que exista interesse público ou conveniência para a administração.

Guiado a partir desses parâmetros, a administração pública deve tratar seus administrados de forma impessoal e isonômica com vistas a atender a finalidade pública, vedando tratamento discriminatório, exceto quando a lei autorizar, com o objetivo de garantir a igualdade material. Material no sentido de que não se deve confundir igualdade com homogeneidade, eis que as relações com poder público dentro de uma sociedade são plurais, estabelecendo distinções de tratamento, já que os indivíduos são diferentes em sua essência, devendo os iguais serem tratados igualmente e os desiguais tratados desigualmente.⁵

Portanto, ainda que se admita as dificuldades em gerir a mediação e conciliação a partir dessa faceta igualitária, não se pode impedir o poder público de agir objetivamente mediando e conciliando conforme leis expressas nesse sentido, sob pena de ofensa ao princípio da moralidade administrativa e o subprincípio da probidade administrativa, desrespeitando, inclusive, a toda evidência, o princípio da confiança que rege a relação entre cidadão e administração pública, na medida em que se espera fidedignidade enquanto manifestação de poder institucionalizado.

Reforce-se que não se está defendendo um exercício de autocomposição livre, dispondo de bens e interesses públicos, mas sim de disposição vinculada e motivada aos termos das

⁵ Ver BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *O Conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. 3 ed. 16a tiragem. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.

normas jurídicas, observando-se não apenas o princípio da legalidade, mas também os da eficiência, da economicidade e da razoável duração do processo, igualmente constitucionais.

Portanto, estando todos os elementos necessários ao seu exercício, conclui-se que a dificuldade de sua implementação está intimamente ligada a falta de estrutura, gestão e cultura administrativa para solução de conflitos que advêm de demandas decorrentes de direitos transindividuais. E que poderia ser minimizada por procedimentos administrativos voltados a delimitar parâmetros e estratégias de atuação de seus advogados públicos em autocomposição, salvaguardando isonomia e uniformização, assegurando o interesse público.

Como sugestão, poderia adotar algum mecanismo supraindividual, similar ao Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas.⁶ Inclusive, existe norma processual, art. 15 do CPC, que autoriza sua aplicação no âmbito dos processos administrativos. Enfim, um incidente de coletivização de conflitos de massa de interesse da Administração Pública, a evitar tratamento não isonômico e excludente das minorias, bem como a multiplicação desordenada de demandas repetitivas, a ser implementada nas Câmaras de Mediação e Conciliação, com vistas a obtenção de uma única decisão, com eficácia *erga omnes*.⁷ Oportunidade na qual as chefias, através de pareceres da Consultoria Geral da União, aprovados pelo Advogado-Geral da União, traçariam parâmetros para resolução dessas modalidades de conflitos, assim como políticas norteadoras, ampliando a discussão sobre o aperfeiçoamento de práticas e procedimentos no âmbito da administração direta e indireta. Algo que se assemelhe ao assessoramento realizado pelo Conselho de Estado Francês.⁸

6. Conclusão

Diante do estudo apresentado, podemos concluir que já existe farto arcabouço legal autorizando a administração pública a ampliar a implementação dos meios e métodos alternativos para solução de conflitos, seja judicial, seja extrajudicial, em prol da eficiência e agilidade na promoção do interesse público.

Assim, diante do atual momento social, necessárias iniciativas estatais no sentido de orientar e fornecer ferramentas, autorizando expressamente os advogados públicos para que estes exercitem a mediação e a conciliação, vencendo ultrapassados conceitos de direito administrativo, há muito arraigados em nosso sistema jurídico.

⁶ Ver MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro. *Incidente de resolução de demandas repetitivas – sistematização, análise e interpretação do novo instituto processual*. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

⁷ Ver PERLINGEIRO, Ricardo. O princípio da isonomia na tutela judicial individual e coletiva, e em outros meios de solução de conflitos, junto ao SUS e aos planos privados de saúde. *Revista da Procuradoria-Geral do Município de Belo Horizonte – RPGMBH, Belo Horizonte*, v. 5, n. 10, p. 217-227, jul./dez. 2012.

⁸ Ver GAZIER, François. A experiência do Conselho de Estado francês. *RSP*, ano 41, v. 112, n. 2, p. 63-67, abr./jun. 1984.

Destarte, esse período excepcional de Pandemia poderá ser um gatilho para uma mudança significativa do paradigma que comumente conduz o Direito Administrativo no sentido de autoridade, unilateralidade e imposição para uma nova concepção de convívio entre coerção e negociação, estabelecendo uma relação jurídica mais equânime entre a administração pública e o cidadão, de modo a adequar-se aos preceitos constitucionais e principalmente ao princípio maior de Justiça.

Referências

- BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 32 ed. São Paulo: Malheiros, 2015.
- _____. *O Conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. 3 ed. 16a tiragem. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.
- BINENBOJM, Gustavo. A constitucionalização do direito administrativo no Brasil: um inventário de avanços e retrocessos. *Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE)*, Salvador, n. 13, mar./abr./maio, 2008.
- BRADBURY, Leonardo Cacau Santos La. Advocacia Geral da União: Órgão de defesa dos direitos fundamentais e aplicador da nova hermenêutica constitucional. *Revista da Escola da Advocacia-Geral da União*, Brasília, n. 15, p. 45-84, fev. 2012.
- BRASIL. STJ. RESP. 799841. Relator: Min. Luiz Fux. RS 2005/0195461-0. Brasília, 18 de outubro de 2007. DJ, 08 nov. 2007.
- CANÁRIO, Pedro. Mediação e Arbitragem: Judiciário precisa ser realmente o último recurso da cidadania. *Consultor Jurídico*, São Paulo, 21 jun. 2015. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2015-jun-21/entrevista-luis-felipe-salomao-ministro-superior-tribunal-justica>>. Acesso em: 14 jun. 2020.
- DAVI, Kaline Ferreira. Modos alternativos de um contencioso não jurisdicional e o papel a ser desempenhado por uma Advocacia-Geral da União cidadã. *Revista da Escola da Advocacia-Geral da União*, Brasília, n. 15, p. 85-115, fev. 2012.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 32 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.
- ENTREVISTA com Luís Felipe Salomão: “Temos que achatar a curva das demandas”. *Justiça & Cidadania*, Rio de Janeiro, Edição 237, 10 maio 2020.
- GAZIER, François. A experiência do Conselho de Estado francês. *RSP*, ano 41, v. 112, n. 2, p. 63-67, abr./jun. 1984. Disponível em: <https://repositorio.enap.gov.br/bitstream/1/2751/1/1984%20RSP%20ano.41%20v.112%20n.2%20abr_jun%20p.63-67.pdf>. Acesso em: 9 jul. 2020.
- MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 42 ed. São Paulo: Malheiros, 2016.
- MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro. *Incidente de resolução de demandas repetitivas – sistematização, análise e interpretação do novo instituto processual*. Rio de Janeiro: Forense, 2017.
- PERLINGEIRO, Ricardo et al. Principios fundamentales y reglas generales de la jurisdicción administrativa. In: COLÓQUIO BRASIL-ESPANHA-FRANÇA, 2008.
- PERLINGEIRO, Ricardo. A impugnação judicial de atos administrativos na defesa de interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos. In: CONGRESO COLOMBIANO DE DERECHO PROCESAL. 2007. Bogotá. Anais... Bogotá: Universidad Libre, 2007.

_____. O princípio da isonomia na tutela judicial individual e coletiva, e em outros meios de solução de conflitos, junto ao SUS e aos planos privados de saúde. *Revista da Procuradoria-Geral do Município de Belo Horizonte – RPGMBH, Belo Horizonte*, v. 5, n. 10, p. 217-227, jul./dez. 2012.

_____; SOMMERMAN, Karl-Peter; BLANKE, Hermann-Josef. *Código de Jurisdição Administrativa*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

ROCHA, Carmen Lúcia. *Princípios constitucionais da Administração pública*. Belo Horizonte: Del Rey, 1994.

_____. Princípios constitucionais do processo administrativo no Direito brasileiro. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, 1997.

Parte 5

Contencioso Jurisdiccional

Capítulo 14: Controle Judicial da Administração Pública: um Cenário de Muitos "Entendimentos" | *Fernanda Duarte; Rafel Iorio* - 322

Capítulo 15: Ensaio sobre a Transcendência dos Motivos Determinantes e o seu Potencial Maximizador de Direitos Fundamentais | *Carolline de Abreu Nunes Longo* - 344

Capítulo 16: Sanções Punitivas e Coercitivas na Execução de Decisões Judiciais que Impõe à Fazenda Pública Prestações da Saúde | *Arnaldo Goldemberg* - 378

Capítulo 17: O Resgate da Vocação Histórica do Mandado de Segurança | *Gabriel Perlingeiro* - 419

Capítulo 14

Controle Judicial da Administração Pública: um Cenário de Muitos “Entendimentos”

Fernanda Duarte
Rafael Mario Iorio Filho

Resumo

Partindo da compreensão de que o direito integra um sistema de códigos culturais e de que as decisões tomadas pelos juízes são orientadas pelo que chamamos de gramática decisória (aqui entendida como as fórmulas, mentalidades, ideias, regras lógicas que informam os processos mentais discursivos decisórios), neste trabalho prendemos explorar a ideia de que as decisões judiciais do Supremo Tribunal Federal, no que toca ao controle judicial do ato administrativo discricionário, não formam consensos. São assim orientadas pela “lógica do contraditório” – uma das regras da gramática decisória – que acaba presidindo os julgamentos da corte. Essa falta de consenso produz uma multiplicidade de “entendimentos” que acabam por naturalizar a aplicação da lei de forma particularizada, pouco contribuindo para um reforço à segurança e igualdade jurídicas.

Palavras-chave

Controle judicial da Administração Pública, Supremo Tribunal Federal, gramática decisória, lógica do contraditório.

Sumário

1. Considerações gerais sobre nossos pressupostos teóricos e metodológicos
2. Uma Corte Suprema com muitos entendimentos
3. Ligando os pontos

1. Considerações gerais sobre nossos pressupostos teóricos e metodológicos

Este texto é mais um dos resultados das pesquisas que temos realizado ao longo dos anos, vinculadas às nossas atuação na Universidade Federal Fluminense (NUPEJ e INCT-INEAC) e no Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Estácio de Sá (NE-DCPD), inclusive muitos dos quais já publicados anteriormente e que agora são revisitados e incorporados em sua perspectiva teórico-metodológica nesse trabalho.

Nossa empreitada parte ainda da compreensão de que o direito pode ser tomado como um objeto empírico, estudado como um instrumento de controle social, próprio das sociedades contemporâneas, que se revela em uma dupla dimensão: no plano das práticas ou rituais próprios de um campo e no plano das estruturas discursivas que dão sentido às representações e práticas desse campo e que se apresentam em pelo menos três níveis ou locais de produção de discurso: a doutrina, a lei e a jurisprudência.

Essa compreensão também compartilha a ideia de que o direito integra um sistema de códigos culturais, nos remetendo à uma dimensão antropológica interpretativa do direito¹ - o que relativiza sua concepção de universalidade,² já que ao ser manifestação de uma cultura jurídica é definido por suas especificidades e por ser produtor de uma teia de sentidos, contingenciados no tempo e no espaço. É, como diz o antropólogo norte-americano Clifford Geertz,³ um saber local.

¹ A abertura para a Antropologia permite-nos compreender de que modo os institutos jurídicos são atualizados em nossa sociedade, possibilitando uma melhor compreensão destes e de nossas práticas, a fim de superar o fosso que separa o Direito da sociedade, que se traduz, a título ilustrativo, no debate jurídico sobre falta de eficácia das normas jurídicas e na própria crise de legitimidade de nossas poderes constituídos. Esclarecedora é a passagem de Roberto Kant de Lima: “A contribuição que se pode esperar da Antropologia para a pesquisa jurídica no Brasil será evidentemente vinculada à sua tradição de pesquisa. Desde logo há de se advertir que o estranhamento do familiar é um processo doloroso e esquizofrênico a que certamente não estão habituados as pessoas que se movem no terreno das certezas e dos valores absolutos. A própria tradição do saber jurídico no Brasil, dogmático, normativo, formal, codificado e apoiado numa concepção profundamente hierarquizada e elitista da sociedade, refletida numa hierarquia rígida de valores autodemonstráveis, aponta para o caráter extremamente etnocêntrico de sua produção, distribuição, repartição e consumo” (KANT DE LIMA, Roberto. Por uma antropologia do Direito no Brasil. In: FALCÃO, Joaquim de Arruda. *Pesquisa Científica e Direito*. Recife: Massangana, 1983. p. 98).

² Geertz propõe que o desafio antropológico reside no fato de que a circunstância de coexistência de uma concepção uniforme do homem e uma perspectiva culturalista torna muito difícil traçar uma linha distintiva entre o que é natural, universal e o que é convencional, local e variável. Além disso, problematiza a ideia de que classificar-se em um ou outro grupo não ajuda a compreender as questões sociais concretas que enfrentamos. Em sua proposta reflexiva, Geertz ajuda a compreender que, ao invés de sermos seres acabados, somos seres reconstruídos dinamicamente pela cultura (GEERTZ, Clifford. *Local knowledge: further essays in interpretive anthropology*. New York: Basic Books, 1983).

³ Ibid.

A passagem abaixo escrita pelo antropólogo social sul-africano e britânico, Max Gluckman⁴ também é muito interessante, questionando a universalidade do direito.

O estudo antropológico do direito é uma das subdisciplinas mais fascinantes da antropologia cultural. Os primeiros investigadores, não encontrando nenhuma lei escrita codificada ou tribunais constituídos como os conhecemos, costumavam rotular as sociedades primitivas como “sociedades sem leis”. Com essa visão, a imposição de um estado de direito foi considerada um marco civilizatório. O trabalho de campo na área da antropologia revelou o erro de supor que as categorias e conceitos do direito na civilização ocidental são universais. A lei pode ser universal, mas nossas categorias não. Todas as sociedades têm regras de comportamento, algumas das quais se violadas resultam em julgamentos e punições socialmente sancionados. Os meios para identificar as violações das regras e decidir sobre as medidas apropriadas a serem tomadas contra o infrator variam de cultura para cultura. (tradução nossa)

Geertz⁵ também explica que não adianta identificar o código universal, se os padrões culturais envolvidos na construção do homem são específicos⁶ e que buscar a generalidade não nos ajudará a encontrá-la. Ao contrário, é na esfera concreta, na busca da especificidade, na perspectiva antropológica de análise dos diferentes modos de “ser homem”, em particular, é que poderemos compreender a dimensão humana. Assim a formulação de regras gerais só tem sentido quando derivada de um contexto individualizado.

Nesse sentido, o direito tomado como um saber local e como cultura jurídica,⁷ vai além de suas fronteiras prescritivas para significar também as suas práticas e seus sentidos. E, por-

⁴ GLUCKMAN, Max. The reasonable man in Barotse Law. In: DUNDES, Alan. *Every man his way: readings in cultural anthropology*. Englewood Cliffs, N.J.: Prentice-Hall, 1968. p. 252.

⁵ GEERTZ, Clifford. *Local knowledge: further essays in interpretive anthropology*. New York: Basic Books, 1983.

⁶ A propósito, “[...] assim como a cultura nos moldou em uma única espécie - e sem dúvida ainda está nos moldando - ela nos molda da mesma forma que indivíduos separados. Isso é o que realmente temos em comum - nem um ser subcultural imutável, nem um consenso transcultural aqui estabelecido [...], o ser humano certamente não é Qualquer Homem; é ser uma espécie particular do homem e, sem dúvida, os homens são diferentes [...]” (Ibid., p. 37-38, tradução nossa).

⁷ Sobre os sentidos e usos da categoria “cultura jurídica” (*legal culture*), ver Silbey (SILBEY, Susan S. Legal culture and cultures of legality. In: HALL, John R. et al. (Eds.). *Handbook of Cultural Sociology*. London and New York: Routledge, 2010. p. 470-479). Sua operatividade é apresentada, por exemplo, por Michaels: “A cultura jurídica é mais importante para explicar e prever o efeito da lei na sociedade, como na medida em que as leis promulgadas serão cumpridas e julgamentos serão implementados. Se a reforma legal terá sucesso depende até certo ponto na cultura jurídica. Isso é especialmente relevante para transplantes legais entre sistemas jurídicos com diferentes culturas jurídicas (→ Recepção do Direito)”. (MICHAELS, Ralf. Legal culture. In: BASEDOW, HOPT, ZIMMERMANN (Eds.). *Oxford Handbook of European Private Law* (Oxford University Press forthcoming). [S.l.: s.n.], 2011b, tradução nossa).

tanto, o direito pode abrigar diferentes significados a partir das sensibilidades jurídicas⁸ das sociedades envolvidas.

Se classificar o direito como um ramo do conhecimento a ser interpretado à luz do “saber local” não é novidade entre os antropólogos, ainda é uma visão relativizadora bastante desafiadora para os juristas no Brasil. A ideia de que a formulação de regras gerais só tem sentido quando derivada de um contexto particular adequado pode ser muito inovadora do ponto de vista jurídico, mas bastante corriqueira para a antropologia, o ramo do conhecimento que tensiona o etnocentrismo, implicando uma concepção pluralista do direito.

Por outro lado, com a utilização da metodologia semiolinguística da análise do discurso⁹ e do método da comparação por diferença, este último de inspiração antropológica, elegemos como nosso objetivo geral descrever os sentidos que são atribuídos às categorias jurídicas e aos direitos, no campo jurídico,¹⁰ considerando a atuação dos juízes, tribunais e especialmente do Supremo Tribunal Federal.

⁸ Sensibilidade jurídica é uma categoria proposta por Geertz bastante significativa. “Aquele determinado sentido de justiça de que falei – o que chamarei, ao deixar paisagens familiares por locais mais exóticos, uma sensibilidade jurídica – é, portanto, o primeiro objeto de atenção para quem se preocupa em falar comparativamente sobre os fundamentos culturais de lei. Essas sensibilidades diferem não apenas no grau em que são determinadas; no poder que exercem, vis-à-vis outros modos de pensamento como sentimento, sobre o processo da vida social (diante do controle da poluição, conta-se que a Toyota contratou mil engenheiros, a Ford mil advogados); ou em seu estilo e conteúdo específicos. Eles diferem, e marcadamente nos meios que usam – os símbolos que usam, as histórias que contam, as direções que traçam, as visões que projetam – para representar eventos de forma judiciosa. Fatos e leis talvez tenham em toda parte, talvez não tenhamos sua polarização” (GEERTZ, Clifford. *Local knowledge: further essays in interpretive anthropology*. New York: Basic Books, 1983. p. 175, tradução nossa).

⁹ A Análise do Discurso é uma disciplina nova que nasce da convergência das correntes linguísticas e dos estudos renovados sobre a retórica greco-romana. A definição de Análise do Discurso chama as noções da Linguística textual na qual os elementos da frase podem ser relacionados a múltiplos sentidos linguísticos, extralinguísticos e sociais, possibilitando-nos vislumbrar as intenções nos discursos, com os seus ditos e não ditos; e como estes discursos são organizados sempre pelos três lugares formadores de sentido: a doutrina, a retórica e a cultura com os seus elementos de justificação ou de legitimação (IORIO FILHO, Rafael Mario; DUARTE, Fernanda. Por uma gramática das decisões judiciais. In: CONSELHO NACIONAL DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO, XIX Encontro, 2010, Fortaleza. *Anais* [...], Fortaleza, 2010). Por outro lado, a Análise Semiolinguística do Discurso de Patrick Charaudeau é metodologia útil para explicitar uma gramática das decisões judiciais, pois possibilita compreender como o discurso jurídico se constrói e quais são as intenções do seu enunciador e as estruturas que lhe organizam (CHARAUDEAU, Patrick. *Discurso político*. São Paulo: Contexto, 2006).

¹⁰ Campo aqui é utilizado como um espaço social de relações de força, traduzidas na disputa de poder entre os agentes sociais, dotado de regras e conhecimentos específicos (*habitus* que constituído em um poder simbólico) para a estruturação das relações de poder. Nas palavras de Bourdieu (BOURDIEU, Pierre. *O poder simbólico*. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 1989. p. 89): “Um campo, e também o campo científico, se define entre outras coisas através da definição dos objetos de disputas e dos interesses específicos que são irredutíveis aos objetos de disputas e dos interesses próprios de outros campos (não se poderia motivar um filósofo com as questões próprias dos geógrafos) e que não são percebidos por quem não foi formado para entrar nesse campo (cada categoria de interesses, a outros investimentos, destinados assim a serem percebidos como absurdos, insensatos, ou nobres, desinteressados). Para que um campo funcione, é preciso que haja objetos de disputas, e pessoas prontas para disputar o jogo, dotadas de ‘habitus’ que impliquem no conhecimento e no reconhecimento das leis imanentes da jogo, dos objetos de disputas, etc”. Inclusive, como já dissemos em outra oportunidade: “[...] usamos os termos ‘campo do direito’, ‘campo jurídico’ e ‘mundo do direito’, no sentido da concepção de Pierre Bourdieu (1992, p. 206-207), que toma os campos da vida social como campos magnéticos onde os agentes se aproximam e se afastam em função de luta política. Num campo há ainda uma estabilidade semântica, de práticas e de visões de mundo, o que, segundo o autor, “permite a todos os detentores do mesmo código associar o mesmo sentido às mesmas palavras, aos mesmos comportamentos e às mesmas obras e, de maneira recíproca,

Nesse sentido, essa comparação por distinção ou contraste é também uma comparação cultural, como aponta Michaels¹¹:

Comparação cultural em contraste (às vezes chamada de estudos jurídicos comparativos ou culturas jurídicas comparativas) rejeita a redução do direito à sua função e, em vez entende a lei nacional como uma expressão e desenvolvimento da cultura geral de uma sociedade (→ cultura jurídica). O foco aqui está na mentalidade expressa em um sistema legal, que não é totalmente observável por estranhos e só pode ser totalmente experimentado pelos participantes do sistema jurídico. Porque diferenças culturais (particularmente aqueles entre direito civil e consuetudinário) são vistos como intransponíveis e porque diferentes culturas jurídicas são consideradas dignas de proteção, cultural a comparação geralmente se opõe à avaliação comparativa e à unificação jurídica, pois ambas impossível e indesejável. Em vez disso, promove a tolerância para a lei estrangeira e para diferença em geral.

Pretendemos, portanto, operar um modelo descritivo (*e não normativo*) – que chamamos de gramática decisória¹² – que possa dar conta dessa dimensão discursiva do direito. Essa gramática decisória implica a identificação de um sistema de regras lógicas que informam os processos mentais de decisão; fórmulas que regulam o pensamento e estruturam as decisões; isto é, estruturas que orientam a construção do discurso que se materializa nas decisões judiciais que permitem uma interação comunicacional e a produção de sentidos entre os envolvidos.

de exprimir a mesma intenção significativa por intermédio das mesmas palavras, dos mesmos comportamentos e das mesmas obras” (IORIO FILHO, Rafael Mario; DUARTE, Fernanda. Por uma gramática das decisões judiciais. In: CONSELHO NACIONAL DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO, XIX Encontro, 2010, Fortaleza. *Anais [...]*, Fortaleza, 2010).

¹¹ MICHAELS, Ralf. Comparative Law. In: BASEDOW, HOPT, ZIMMERMANN (Eds). *Oxford Handbook of European Private Law* (Oxford University Press forthcoming). [S.l.: s.n.], 2011a.

¹² Nos nossos textos (DUARTE, Fernanda. Método de decisão judicial e Supremo Tribunal Federal: uma gramática a ser descoberta. In: DUARTE, Fernanda e KOERNER, Andrei (Org.) Temáticos “Justiça Constitucional no Brasil: Política e Direito”. *Anais do Seminário Nacional sobre Anais do Seminário Nacional sobre Justiça Constitucional Justiça Constitucional Justiça Constitucional. Seção Especial da Revista EMARF*. Rio de Janeiro: EMARF - TRF 2ª Região / RJ, dez. 2010. p. 279-298; DUARTE, Fernanda; IORIO FILHO, Rafael Mario. Uma gramática das decisões judiciais: mesmos casos, decisões desiguais. *Revista SJRJ*, Rio de Janeiro, v. 19, n. 33, p.185-204, abr. 2012 e DUARTE, Fernanda; IORIO FILHO, Rafael Mario. Igualdade jurídica: entre o discurso e a gramática das decisões judiciais. In: BELLO, Enzo; ENGELMANN, Wilson (Coord.). *Metodologia da pesquisa em direito*. Caxias do Sul, RS: Educs, 2015. p. 49-77); e IORIO FILHO, Rafael Mario; DUARTE, Fernanda. Por uma gramática das decisões judiciais. In: CONSELHO NACIONAL DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO, XIX Encontro, 2010, Fortaleza. *Anais [...]*, Fortaleza, 2010), desenvolvemos com mais profundidade essa ideia de gramática decisória. A categoria gramática é apropriada da Linguística como um “instrumento organizador de mundo” (BOTELHO, José Mario. O que é gramática? *Revista Philologus*, Rio de Janeiro, ano 13, n. 37, p. 110, jan./abr. 2007) e se inspira na proposta da gramática internalizada. Diz Perini que a gramática internalizada é “[...] um sistema de regras, unidades e estruturas que o falante de uma língua tem programado em sua memória e que lhe permite usar sua língua” (PERINI, M. A. *Princípios de linguística descritiva: introdução ao pensamento gramatical*. São Paulo: Parábola Editorial, 2006. p. 23).

Essa gramática é internalizada¹³ pois é ela que, pela repetição e interação entre os atores do campo jurídico, habilita o juiz a compreender o sentido dado ao direito para então decidir. É compartilhada entre seus “falantes” (operadores do direito) que a praticam de forma espontânea e a naturalizam pela força da repetição. São essas regras que permitem o reconhecimento espontâneo e o uso das estruturas que regularizam e viabilizam a produção do discurso decisório dos juízes, a partir da adoção de estratégias argumentativas/discursivas que resultará na fundamentação de suas decisões.

2. Uma Corte Suprema com muitos entendimentos

Temos constado, a partir de nossos dados de pesquisa e dos dados compartilhados por outras pesquisas,¹⁴ um traço característico e reiterado, na produção jurisprudencial de nossos juízes e tribunais que não opera para a produção de sentidos compartilhados, isto é, não tem como resultado a produção de consensos ou verdades consensualizadas que possibilitariam, a partir do sentido a elas atribuído, fixar, com um certo nível de previsibilidade, os posicio-

¹³ Afirmamos que essa regras são internalizadas pois são praticadas e incorporadas pela repetição. Veja a propósito das gramáticas internalizadas, “[...] referem-se aos conhecimentos internalizados que estão na mente dos sujeitos e que os habilitam a produzir frases ou sequências de palavras compreensíveis e reconhecidas como pertencentes ao português. (POSSENTI, 1996). Assim, na visão de gramática internalizada, sempre que o sujeito fala ou escreve, o faz segundo regras que incorporou ao interagir com outros falantes/escritores de sua comunidade linguística. Ou seja, são consideradas *regras* todas aquelas formas que expressam os aspectos do conhecimento internalizado dos falantes sobre a sua língua e que possuem propriedades sistemáticas (que permanecem). Por isso, a definição de gramática internalizada está relacionada ao *conjunto de regras que o falante domina*, ou seja, a aquelas regras que o falante/escritor de fato apresenta quando fala e escreve, já que ele, quando pratica tais ações, o faz segundo regras de uma certa gramática (VALENÇA, 2002)”. (DUARTE, Fernanda. Método de decisão judicial e Supremo Tribunal Federal: uma gramática a ser descoberta. In: DUARTE, Fernanda e KOERNER, Andrei (Org.) Temáticos “Justiça Constitucional no Brasil: Política e Direito”. Anais do Seminário Nacional sobre Justiça Constitucional Justiça Constitucional Justiça Constitucional. *Seção Especial da Revista EMARF*. Rio de Janeiro: EMARF - TRF 2ª Região / RJ, dez. 2010. p. 279-298).

¹⁴ Maria Stella de Amorim, uma das referências pioneiras, entre nós, sobre pesquisas empíricas no Direito, analisa esta lógica em sede dos Juizados Especiais Cíveis do Rio de Janeiro, nos informa que: “A característica essencial dessa lógica, a despeito de sua estrutura aberta, encontra-se na supressão da possibilidade de os participantes alcançarem concordância, sejam eles partes do conflito, operadores jurídicos ou doutrinadores, o que sugere ausência de consenso interno ao saber produzido no próprio campo e, no limite, falta de consenso externo” (AMORIM, Maria Stella. Juizados Especiais na região metropolitana do Rio de Janeiro. *Revista SJRJ*, Rio de Janeiro, n. 17, p. 107, 2006). Roberto Kant de Lima, também uma das referências principais sobre os estudos de Antropologia do Direito, confirma esses achados empíricos “[...] estou convencido, seja pelos dados construídos etnograficamente, seja pela observação dos rituais judiciários e policiais, seja na observação e na interação com as práticas pedagógicas inculcadas nos profissionais do direito por sua educação jurídica, formal e informal, que é relevante, heurísticamente, situar a diferença na oposição de modelos judiciários que buscam o consenso (lógica adversária) e modelos fundados no dissenso (lógica do contraditório). Isto porque esses modelos, fundamentalmente, representam duas atitudes distintas diante das relações admissíveis entre o conhecimento apropriado particularizadamente e o seu papel no exercício do poder pela autoridade pública [...]. No caso da lógica do contraditório, o saber particularizado converte-se em poder em público e tem sinal positivo: quem está no vértice da pirâmide - de qualquer pirâmide (social, econômica, política, judiciária etc.) - exerce seu poder fundado no saber de que se apropriou particularizadamente, ao qual não tiveram acesso seus pares, pois pode inclusive dele se apropriar por meio de suas relações particulares”. (KANT DE LIMA, Roberto. Sensibilidades jurídicas, saber e poder: bases culturais de alguns aspectos do direito brasileiro em uma perspectiva comparada. *Anuário Antropológico*/2009-2, Brasília, p. 25-51, 2009. p. 45).

namentos adotados pelas cortes, enquanto padrões decisórios orientadores de futuros casos submetidos ao Poder Judiciário.

Esse traço pode ser chamado de lógica do contraditório, como já discutimos em nosso texto “*A lógica do contraditório: ainda somos medievais*”¹⁵ – a qual não se confunde com o princípio processual do contraditório. Se o princípio do contraditório, tal como tratado pela doutrina¹⁶ e previsto em textos normativos, diz respeito a um “dever ser” no âmbito do processo, enquanto garantia das partes em juízo, a lógica do contraditório é categoria do “ser”, pois viabiliza uma compreensão da realidade do mundo jurídico, descrevendo o seu funcionamento no plano discursivo. Desta forma, esta lógica é verificada na empiria e permite explicitar sentidos e práticas que também caracterizam a cultura jurídica brasileira.

A lógica do contraditório, então, quando confundida com o princípio do contraditório leva a crença de que as discussões jurídicas brasileiras e, como tal, as do Poder Judiciário, sejam democráticas, tolerantes e construtoras de verdades, pois, se estaria dando oportunidades iguais de todos que estivessem participando da ação comunicativa falar. Nessa confusão entre princípio e lógica do contraditório há uma ideia de ganho democrático que é representado como um valor igualitário de se dar às partes em um processo, seja ele judicial ou administrativo, as mesmas oportunidades de serem ouvidas, produzirem provas e contestarem as provas produzidas, porém, como adverte Lupetti Baptista,¹⁷ este ganho não foi ainda comprovado pela empiria. Assim esta lógica é responsável por naturalizar a (des)igualdade, já que todos os posicionamentos jurídicos são possíveis, admissíveis e disputam “vencer” em um jogo que é do juiz.

Como já dissemos anteriormente,¹⁸ a lógica do contraditório constitui, constrói o raciocínio jurídico, sendo significativo o fato de que os alunos de Direito, desde cedo, nos cursos de graduação sejam apresentados às diferentes “correntes doutrinárias e jurisprudenciais” sobre os mais variados temas (também chamados de “matéria controvertida ou controvérsia”) e que sejam treinados a saber divergir. E, quanto mais correntes se conhece, maior é reconhecida a erudição do sujeito. Ao se aferir o saber jurídico dos atores do campo, não são as questões consensualizadas (portadoras de sentidos compartilhados) que são valorizadas, mas qualifica-se exatamente o domínio intelectual das divergências, dos posicionamentos, dos entendimentos – enfim, das controvérsias.

¹⁵ IORIO FILHO; DUARTE. A lógica do contraditório: ainda somos medievais. In: SILVA, Mário Luis Villarruel da (Coord.). *Direito, discurso & poder: plexos pela linguagem*. 1 ed. Niterói: PPGSD - Programa de Pós-graduação em Sociologia e Direito, 2016. p. 31-44.

¹⁶ Confira-se Greco (GRECO, Leonardo. O princípio do contraditório. *Revista Dialética de Direito Processual*, São Paulo, n. 24, p.71-79, mar. 2005) entre outros.

¹⁷ LUPETTI BAPTISTA, Bárbara Gomes. *Os rituais judiciais e o princípio da oralidade: construção da verdade no processo civil brasileiro*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2008.

¹⁸ IORIO FILHO; DUARTE, 2016, loc. cit.

Assim em nossos tribunais torna-se muito difícil estabelecer padrões de decisão, compartilhados pelos julgadores, que orientem os tribunais e os juízes na definição do direito e seus significados a partir casos e de suas condicionantes fáticas. Ao contrário, o sistema fomenta “disputas argumentativas” entre os juízes como se fossem os exercícios oratórios/retóricos escolásticos da *disputatio*,¹⁹ muito popular durante a Idade Média, na Europa Ocidental, nos séculos XII e XIII, como por exemplo os adotados na Escola de Bologna.²⁰ Estes exercícios consistiam em disputas oratórias de dialética infinita entre os alunos do curso de direito, até ficar decidido por professores ou alunos quem teria vencido o embate.

Retomando o tema central desta obra coletiva, podemos afirmar que, também ao tratar do controle judicial da administração pública, o Supremo Tribunal Federal não foge à lógica do contraditório que acaba presidindo os julgamentos da corte e *neste capítulo iremos recortar nosso estudo para o controle do ato administrativo discricionário*.

Sob a perspectiva da doutrina nacional, o controle judicial da Administração Pública perpassa um debate sobre os limites de atuação dos juízes em oposição aos espaços de escolha a serem feitos pelo administrador, discutindo-se em que hipóteses admite-se (ou não) a sindicabilidade do ato administrativo pelo Judiciário, remetendo ainda a questões que envolvem o princípio da separação dos poderes e o mérito do ato administrativo. Aliás o trecho reproduzido de Celso Antonio Bandeira de Mello, um dos mais importantes autores brasileiros do Direito Administrativo, é bastante elucidativo para delinear os elementos desse debate.

[...] Já se tem reiteradamente observado, com inteira procedência, que não há ato propriamente discricionário, mas apenas discricionariedade por ocasião da prática de certos atos. Isto porque nenhum ato é totalmente discricionário, dado que, conforme afirma a doutrina prevalente, será sempre vinculado com relação ao fim e à competência, pelo menos. Com efeito, a lei sempre indica, de modo objetivo, quem é competente com relação à prática do ato – e aí haveria inevitavelmente vinculação. Do mesmo modo, a finalidade do ato é sempre e obrigatoriamente um interesse público, donde afirmarem os doutrinadores que existe vinculação também com respeito a este aspecto. [...] Em suma: discricionariedade é liberdade dentro da lei, nos limites da norma legal, e pode ser definida como: ‘A margem

¹⁹ Sobre o exercício da *disputatio*, confira Berman: “Além das leituras dos textos e glosas, e da análise deles através de distinções e questões, o currículo de Bolonha e outras escolas de direito medievais incluía a *disputatio*, que era uma discussão de uma questão de direito no forma de disputa entre dois alunos sob a orientação de um professor ou então disputa entre professores e alunos. [...] mas as questões sempre foram questões de direito, não situações de fato reais ou hipotéticas” (BERMAN, Harold. *Law and revolution*. Cambridge: Harvard University Press 1983, p. 130). Ver ainda Novikoff (NOVIKOFF, Alex J. *The medieval culture of disputation: Pedagogy, practice, and performance*. Philadelphia: University of Pennsylvania Press, 2013; _____. Toward a cultural history of scholastic disputation. *The American Historical Review*, [Washington], v. 117, n. 2, p. 331–364, April 2012).

²⁰ BERMAN, Harold. *Law and revolution*. Cambridge: Harvard University Press 1983.

de liberdade conferida pela lei ao administrador a fim de que este cumpra o dever de integrar com sua vontade ou juízo a norma jurídica, diante do caso concreto, segundo critérios subjetivos próprios, a fim de dar satisfação aos objetivos consagrados no sistema legal’. [...] Nada há de surpreendente, então, em que o controle judicial dos atos administrativos, ainda que praticados em nome de alguma discricção, se estenda necessária e insuperavelmente à investigação dos motivos, da finalidade e da causa do ato. Nenhum empeco existe a tal proceder, pois é meio – e, de resto fundamental – pelo qual se pode garantir o atendimento da lei, a afirmação do direito. [...] Assim como ao Judiciário compete fulminar todo o comportamento ilegítimo da Administração que apareça como frontal violação da ordem jurídica, compete-lhe, igualmente, fulminar qualquer comportamento administrativo que, a pretexto de exercer apreciação ou decisão discricionária, ultrapassar as fronteiras dela, isto é, desbordar dos limites de liberdade que lhe assistiam, violando, por tal modo, os ditames normativos que assinalam os confins da liberdade discricionária.²¹

A temática, especialmente sob o ponto de vista argumentativo, é um tanto obscura e ambígua, porque o controle judicial do ato administrativo discricionário oscila entre diferentes possibilidades, cujos pressupostos fáticos, são pouco explorados, embora sejam consignadas conjecturas em abstrato que autorizariam em tese o controle, com o reexame do ato administrativo pelo Judiciário.

Há o entendimento, em circunstâncias mais restritas, como é o caso de abuso de poder, que autoriza os juízes a rever o ato administrativo discricionário, inclusive apreciando as escolhas feitas pelo administrador. Entende-se aqui que a discricionariedade implica uma escolha que só pode ser feita pelos agentes executivos, mas se for constatado abuso de poder, o Judiciário tem autoridade para examinar a escolha que foi feita em desvio de seu objetivo, como podemos ver em no caso abaixo.

CONCURSO PÚBLICO. TERCEIRIZAÇÃO DA VAGA. PRETERIÇÃO DE CANDIDATOS APROVADOS. DIREITO À NOMEAÇÃO. É da jurisprudência do Supremo Tribunal que há típica evidência de um desvio de poder quando, uma vez comprovada a existência da vaga, esta é preenchida, ainda que precariamente, caracterizando a preterição do candidato aprovado em concurso. Precedentes. 2. Recurso extraordinário. Não se presta para o reexame das provas e fatos em que se fundamentou o acórdão recorrido. Incidência da Súmula nº 279.” (BRASIL. STF. AI-AgR 594.955-1/ BA, Primeira Turma, Rel. Min. Sepúlveda Pertence. Brasília, 19 de junho de 2007. DJU, 03 ago. 2007; Pág. 72).

²¹ MELLO, Celso Antônio B. de. *Curso de direito administrativo*. 15 ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 395-396; 836-837.

Por outro lado, há entendimentos, mais abertos, que invocam a generalidade da principiologia constitucional como base do controle judicial. Sustentam que cabe ao Poder Judiciário verificar se os princípios constitucionais foram observados pelos agentes executivos, e se apurado o desrespeito, estando presentes violações a princípios constitucionais, impõe-se a revisão judicial. Trazemos aqui um caso julgado pelo STF²² que adota essa linha de argumentação. Interessante observar também que nem sempre esses posicionamentos sustentados pela Corte implicam revisão efetiva, e em concreto, do ato administrativo, mas enfrentam a questão em abstrato apontando as possíveis hipóteses em que o controle judicial seria admissível, se houvesse ocorrido a violação. Assim, suas leituras sustentam, em *contrário sensu*, as posições que apresentamos em seguida.

Trata-se do debate judicial que ocorreu sobre o Projeto de Integração do Rio São Francisco com as Bacias Hidrográficas do Nordeste Setentrional.²³ Em 2007, ao apreciar o agravo regimental, interposto pelo Ministério Público Federal contra decisão que indeferira pedido de liminar em ação civil pública, movida contra a União e o Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis - IBAMA, que visa à preservação do meio ambiente que supostamente estaria sendo ameaçado por conta desse projeto de integração, o Supremo Tribunal, sob a relatoria do Min. Menezes Direito, ressaltou que a execução do projeto, na forma como planejada, mesmo diante de ajustes ou alterações necessários, seguindo rigorosamente os programas e planos apresentados pelo IBAMA e com fiscalização permanente, não autorizaria, no que se refere à garantia da preservação da natureza, a intervenção do Poder Judiciário na execução de política pública, cuja definição estaria no âmbito do Poder Executivo, considerando não existir nenhuma violação de norma legal ou constitucional.²⁴

²² A título ilustrativo, podemos dizer que esses posicionamentos também podem ser constatados em outros tribunais. Veja-se o caso do mandado de segurança MS 10.906, julgado pelo STJ. “Irregularidade do processo disciplinar. Mérito administrativo. Ocorrência de erro invencível. Possibilidade de intervenção do Judiciário. 1. No que diz respeito ao controle jurisdicional do processo administrativo disciplinar, a jurisprudência do Superior Tribunal é firme no sentido de que compete ao Poder Judiciário apreciar, à luz dos princípios do contraditório, da ampla defesa e do devido processo legal, a regularidade do procedimento sem, contudo, adentrar o mérito administrativo. Havendo, porém, erro invencível, justifica-se a intervenção do Judiciário. 2. Na hipótese, cabia à administração proceder às diligências necessárias para a descoberta da verdade quanto à participação do impetrante na gerência da empresa, e não simplesmente colocar o ônus da prova sobre o servidor, que, por meio de sua curadora, tentou demonstrar a inatividade da empresa desde a fundação. Agindo assim, a administração esquivou-se das suas funções, lançando ao servidor a incumbência de comprovar a ausência de circunstância irregular. Ao final, não ficou nada provado no processo administrativo. A não intervenção se afigura estranho comportamento. Quero, por isso, entender comigo mesmo que, em certas situações e determinados assuntos, é lícita a intervenção judicial (é lícito ao juiz conhecer da provocação). 3. Segurança concedida em parte para se anular a demissão do impetrante, determinando-se, em consequência, a sua reintegração no cargo” (BRASIL. STJ. MS 10.906/DF 2005/0129.244-1, Rel. Min. Nilson Naves. Brasília, 10 de setembro de 2008).

²³ O caso trata da chamada “transposição do Rio São Francisco”, rumoroso projeto do governo federal, que pretende irrigar a região Nordeste e semiárida do Brasil. Maiores detalhes sobre o projeto podem ser conferidos no sítio do BNDES (PISF – Projeto de integração do Rio São Francisco com as Bacias do Nordeste Setentrional. *BNDES*, Rio de Janeiro, [s.d.]).

²⁴ BRASIL. STF. ACO 876 MC-AgR / BA, Tribunal Pleno, Rel. Min. Menezes Direito. Brasília, 19 de dezembro de 2007. DJU, 01 ago. 2008.

Por outro lado, há outros esforços que buscam sistematizar os posicionamentos do STF na matéria. Em especial chamamos atenção para a compilação “O controle dos atos administrativos e a jurisprudência do STJ e do STF”, elaborada Phillip Gil França,²⁵ no qual o autor propõe uma classificação indicativa, não exauriente, dos entendimentos do STF (e do STJ) sobre o tema, organizada em 05 grupos de entendimentos são chamados de “situações”. França²⁶ ainda observa que um “um mesmo julgador se encontra em diversos posicionamentos sobre mérito administrativo”.

A primeira situação apresentada é chamada de “casos que o Judiciário nega o controle do mérito administrativo” que são identificados em dois julgados.

[...] 3. A concessão de isenção é ato discricionário, por meio do qual o Poder Executivo, fundado em juízo de conveniência e oportunidade, implementa suas políticas fiscais e econômicas e, portanto, a análise de seu mérito escapa ao controle do Poder Judiciário. Precedentes: RE 149.659 e AI 138.344-AgR. 4. Não é possível ao Poder Judiciário estender isenção a contribuintes não contemplados pela lei, a título de isonomia (RE 159.026). 5. Recurso extraordinário não conhecido” (BRASIL. STF. RE 344.331/PR, Rel. Min. Ellen Gracie. Brasília, 11 de fevereiro de 2003).

[...] 3. A concessão do benefício da isenção fiscal é ato discricionário, fundado em juízo de conveniência e oportunidade do Poder Executivo, cujo controle é vedado ao Judiciário. Precedentes. Agravo regimental a que se nega provimento” (BRASIL. STF. AgR no RE 480.107/PR, Rel. Min. Eros Grau. Brasília, 03 de março de 2009).

A segunda situação trata da realização do “controle do mérito administrativo quando se trata de mero controle de legalidade e constitucionalidade”.

Expulsão. Estrangeiro condenado por tráfico de entorpecentes. Filha brasileira. Reconhecimento ulterior à expedição do Decreto de expulsão. [...]. Ato discricionário do Presidente da República. Sujeição a controle jurisdicional exclusivo da legalidade e constitucionalidade. É discricionário do Presidente da República, que lhe avalia a conveniência e oportunidade, o ato de expulsão, o qual, devendo ter causa legal, só está sujeito a controle jurisdicional da legalidade e constitucionalidade” (BRASIL. STF. HC 82.893/SP, Rel. Min. Cezar Peluso. Brasília, 17 de dezembro de 2004).

²⁵ FRANÇA, Phillip Gil. O controle dos atos administrativos e a jurisprudência do STJ e do STF. *Empório do Direito*, São Paulo, 24 set. 2015.

²⁶ Ibid.

Na situação três, o Supremo Tribunal faz “um controle do mérito administrativo indireto, sem assumir que o faz, tentando preservar o máximo dos princípios constitucionais, por meio de um exercício de ponderação de valores envolvidos”. Temos aqui três casos, escolhidos por França²⁷ que ilustram esse posicionamento.

A exclusão de policial militar, mesmo que não estável, não prescinde da instauração de procedimento administrativo em que lhe sejam asseguradas as garantias do contraditório e da ampla defesa. Não viola o princípio da separação dos Poderes a anulação de ato administrativo que fere as garantias constitucionais do contraditório e da ampla defesa. Agravo desprovido” (BRASIL. STF. AI 509.213 no AgR/AL, Rel. Min. Carlos Britto. Brasília, 09 de agosto de 2005)

A educação infantil, por qualificar-se como direito fundamental de toda criança, não se expõe, em seu processo de concretização, a avaliações meramente discricionárias da Administração Pública, nem se subordina a razões de puro pragmatismo governamental. [...] Embora resida, primariamente, nos Poderes Legislativo e Executivo, a prerrogativa de formular e executar políticas públicas, revela-se possível, no entanto, ao Poder Judiciário, determinar, ainda que em bases excepcionais, especialmente nas hipóteses de políticas públicas definidas pela própria Constituição, sejam estas implementadas pelos órgãos estatais inadimplentes, cuja omissão – por importar em descumprimento dos encargos político-jurídicos que sobre eles incidem em caráter mandatório – mostra-se apta a comprometer a eficácia e a integridade de direitos sociais e culturais impregnados de estatura constitucional. A questão pertinente à ‘reserva do possível’. (BRASIL. STF. Agno RE 410.715/SP, 2ª Turma, Rel. Min. Celso de Mello. Brasília, 22 de novembro de 2005. DJ, 03 fev. 2006)

1. O art. 5.º, LV, da CF ampliou o direito de defesa dos litigantes, para assegurar, em processo judicial e administrativo, aos acusados em geral, o contraditório e a ampla defesa, com os meios e os recursos a ela inerentes. Precedentes. 2. Cumpre ao Poder Judiciário, sem que tenha de apreciar necessariamente o mérito administrativo e examinar fatos e provas, exercer o controle jurisdicional do cumprimento desses princípios. 3. Recurso provido” (BRASIL. STF. RMS 24.823/DF, 2ª Turma, Rel. Min. Ellen Gracie. Brasília, 18 de abril de 2006. DJ, 19 maio 2006)

²⁷ FRANÇA, Phillip Gil. O controle dos atos administrativos e a jurisprudência do STJ e do STF. *Empório do Direito*, São Paulo, 24 set. 2015.

Na quarta situação apresentada por França,²⁸ o controle do mérito administrativo é aceito “como regular dever do judiciário ou em casos excepcionais”, como se vê nas decisões abaixo.

(...) 2. A autoridade administrativa está autorizada a praticar atos discricionários apenas quando norma jurídica válida expressamente a ela atribuir essa livre atuação. Os atos administrativos que envolvem a aplicação de ‘conceitos indeterminados’ estão sujeitos ao exame e controle do Poder Judiciário. O controle jurisdicional pode e deve incidir sobre os elementos do ato, à luz dos princípios que regem a atuação da Administração (...). Recurso ordinário provido” (BRASIL. STF. RMS 24.699/DF, Rel. Min. Eros Grau. Brasília, 30 de novembro de 2004).

1. Cabe ao Poder Judiciário verificar a regularidade dos atos normativos e de administração do Poder Público em relação às causas, aos motivos e à finalidade que os ensejam. 2. Pelo princípio da proporcionalidade, há que ser guardada correlação entre o número de cargos efetivos e em comissão, de maneira que exista estrutura para atuação do Poder Legislativo local. 3. Agravo improvido” (BRASIL. STF. Ag no RE 365.368/SC, Rel. Min. Ricardo Lewandowski. Brasília, 22 de maio de 2007)

Por fim a quinta e última situação listada pelo referido autor²⁹ impossibilita o controle do mérito administrativo, em razão de inadequação de meio processual utilizado na pretensão jurisdicional encaminhada pela parte. É o caso da impossibilidade de produção de provas em mandado de segurança – o levou ao não conhecimento do pedido formulado pela parte. No agravo interposto em recurso extraordinário, de relatoria do Min. Eros Grau, tem-se:

1. É legítima a verificação, pelo Poder Judiciário, de regularidade do ato discricionário quanto às suas causas, motivos e finalidade. 2. A hipótese dos autos impõe o reexame de fatos e provas. Inviabilidade do recurso extraordinário. Súmula 279 do STF. Agravos regimentais aos quais se nega provimento” (BRASIL. STF. Ag no RE 505.439/MA, Rel. Min. Eros Grau. Brasília, 12 de agosto de 2008)

Ora, essa variedade de posições não permite estabelecer padrões de controle (como ocorre no sistema norte-americano, quando a Suprema Corte estabelece os tipos de escrutínio aos quais às alegadas violações são submetidas e em razão dos interesses envolvidos³⁰). E

²⁸ Ibid.

²⁹ Ibid.

³⁰ A discussão sobre os tipos de escrutínio construídos pela Suprema Corte dos Estados Unidos pode ser encontrada em Duarte (DUARTE, Fernanda. *Princípio constitucional da igualdade*. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2001).

todas elas são usados pelo Supremo Tribunal Federal, bem como pelos tribunais inferiores até certo ponto. Portanto, não existem orientações prevalecentes sobre o assunto, o que faz com que a previsibilidade não seja uma carta que possamos jogar com facilidade ou segurança.

3. Ligando os pontos

É necessário dizer que consideramos aqui cultura jurídica como uma categoria de alcance amplo que pretende descrever e explicar como as pessoas, em vários contextos históricos, políticos, sociais e culturais, constroem o significado do direito e como o usam na vida cotidiana. Tal afirmação implica o reconhecimento de que a cultura interfere na socialização e eficácia social do direito e em como são representadas suas categorias jurídicas.

A importância desse referencial é que ele nos leva ao lugar das relações sociais e sua teia de significados, ajudando-nos a avaliar a extensão das práticas, rituais e sentidos que impactam diretamente o direito. Assim, nos permitimos pensar que o direito é um produto cultural, apesar de seu caráter normativo universalista.

Se a lei pode ser tomada como um saber, ela deve ser interpretada à luz do “conhecimento local”, como diz Geertz.³¹ E isso pode funcionar como um conceito-chave para evitar transplantes acríticos de categorias jurídicas que, em última análise, são “deslocadas”, com baixa capacidade de interferir na realidade social ao moldar o comportamento das pessoas.

Como já mencionamos ao longo do texto, nos estudos desses distintos entendimentos presentes no STF no que toca ao controle judicial da Administração Pública, foi possível identificar uma das categorias da gramática da decisão brasileira: trata-se da falta de consenso que produz o que chamamos de lógica do contraditório (e que nesta parte final do texto retomamos).

Como conceito, a lógica do contraditório é uma categoria teórica que pretende contribuir para a descrição do *habitus* ou mentalidade jurídica brasileira que modela o raciocínio e as práticas da cultura jurídica no Brasil. A capacidade de dominar e articular a linguagem que informa essa cultura é o que permite navegar, operar e funcionar no universo jurídico. No entanto, é uma forma de raciocínio caracterizada, entre outros aspectos,³² por uma estrutura

³¹ GEERTZ, Clifford. *Local knowledge: further essays in interpretive anthropology*. New York: Basic Books, 1983.

³² Duas outras categorias dessa gramática descritiva que temos proposto são a autorreferencialidade e a lógica do bricoleur. De forma breve, a autorreferencialidade significa a posição de centralidade do juiz em relação ao sistema processual. O juiz é seu destinatário, artífice, condutor, corregedor e julgador. Todo o sistema, construído por regras técnicas, interpretadas à luz de uma prática tradicional e consolidada, é concebido para que o juiz possa ao final, decidir o caso, solucionando a lide, substituindo a vontade das partes, pela vontade do Estado. O juiz brasileiro não é treinado para reconhecer e compreender o conflito social e suas nuances. Ele é treinado para desenvolver um “instinto técnico” que lhe permite definir o momento de encerramento do processo, sem que o conflito em si precise ser enfrentado. É o domínio da via de acesso que permite que o juiz decida se vai ter ou não que julgar o processo, se vai ou não compor o litígio – o que lhe permite dispor sobre a administração dos conflitos, cumprindo, se quiser, apenas exigências retórico-formais de fundamentação, o que se coloca como mais um obstáculo para a aplicação do direito de forma universal e igualitária. Quanto a categoria do juiz bricoleur importante explicar que esta apropriação terminológica do bricoleur pelo Poder Judiciário na construção

aberta que inibe a capacidade dos participantes de chegarem a acordos, em uma dinâmica de oposições, sejam eles partes no conflito, juristas ou operadores do direito.

Os esforços de pesquisa sobre as decisões dos juízes brasileiros³³ sugerem ausência de consenso interno sobre o conhecimento produzido pelo Tribunal, uma vez que não se pode apontar a opinião do Tribunal, como uma unidade em si mesma, sobre a matéria em questão. Pelo contrário, o que se verifica são as opiniões individuais dos juízes que se agregam para concretizar a posição do Tribunal. O acordo aqui é sobre o resultado, mas não sobre as razões/argumentações que levaram a esse resultado (que nada mais é do que um placar entre votos vencedores X votos vencidos).

Nesse sentido, todas as opiniões dos juízes podem ser consideradas votos “divergentes”, mesmo quando somados juntos representam a maioria dos posicionamentos (ou mesmo a unanimidade) do Tribunal, porque a lógica do contraditório não produz os consensos ou verdades consensuais sobre as razões da decisão e que poderiam ajudar o Poder Judiciário a administrar os conflitos que lhe são submetidos.

O que constatamos no Supremo Tribunal Federal é que, diferentemente do que ocorre com o sistema dos precedentes na Common Law (*stare decisis system*),³⁴ os ministros reproduzem essa mesma lógica do contraditório de operação/instrumentalização da gramática decisória da cultura jurídica brasileira brevemente aqui apontada. Vale lembrar que na Com-

das decisões em relação àquela utilizada pelo LÉVI-STRAUSS (LÉVI-STRAUSS, Claude. *O Pensamento selvagem*. 2 ed. São Paulo: Ed. Nacional, 1976) estabelece-se na seguinte comparação: assim como o artesão (bricoleur) dá um novo sentido a uma mesa, descontextualizando-a do significado original e, recontextualizando-a em seu próprio universo ou inventário de sentidos, como um calço de armário, ou seja, em uma unidade estrutural completamente nova e nunca vagamente sonhada, o Poder Judiciário descontextualiza os signos apresentados, de maneira ampla pela linguagem jurídica, para ressignificá-los de modo completamente novo e original em suas decisões. Ou seja, o bricoleur cria um acervo obviamente limitado de signos, do qual ele vai se servir quando da realização de seu ofício na construção de uma obra. Este trabalho, portanto, será único, visto que o material e a lógica de organização dos signos são particularizados e individuais de seu artesão.

33 Veja por exemplo Lupetti Baptista (LUPETTI BAPTISTA, Bárbara Gomes. *Os rituais judiciais e o princípio da oralidade: construção da verdade no processo civil brasileiro*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2008; _____. *Paradoxos e ambiguidades da imparcialidade judicial: entre “quereres” e “poderes”*. Porto Alegre: Ed. Sergio Antônio Fabris, 2013), Mendes (MENDES, Regina Lúcia Teixeira. *Dilemas da Decisão Judicial*. As representações de juízes brasileiros sobre o princípio do livre convencimento do juiz e outros princípios correlatos. 2008. 267 f. Tese (Doutorado) - Programa de Pós-graduação em Direito, Universidade Gama Filho, Rio de Janeiro, 2008), Silva (SILVA, Berkly Pimentel da. *Existe uma gramática das decisões judiciais? ADPF no. 130/DF como marco investigatório nas decisões do Supremo Tribunal Federal*. 2018. 264 f. Tese (Doutorado) - Programa de Pós-graduação em Direito, Universidade Estácio de Sá, Rio de Janeiro, 2018) e Nascimento (NASCIMENTO, Carlos Manoel. *A Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4874: o uso da Doutrina Chevron pelo Supremo Tribunal Federal*. 2020. Tese (Doutorado) - Programa de Pós-graduação em Direito, Universidade Estácio de Sá, Rio de Janeiro, 2020).

34 Quanto à conceituação e à contextualização da categoria *stare decisis* interessante compreender que o princípio está dividido em dois elementos. O *binding authority*, onde prevalece a decisão proferida pelo tribunal superior, presente sua autoridade vinculante em relação aos julgados proferidos nas instâncias inferiores, de situação análoga. E, ainda, o *persuasive precedent*, que apresenta apenas força persuasiva, mas que podem contribuir para a definição do caso. Decisões de cortes inferiores ou de cortes estrangeiras, são exemplos de precedentes persuasivos (SCHAFFER, Matthew. *Federal law, federal courts, and binding and persuasive authority. The Writing Center at GULC*, Washington, 2013).

mon Law,³⁵ o precedente obrigatório/vinculante (com *binding authority*) é dividido em dois componentes discursivamente estratégicos: a *ratio decidendi* e o *obiter dictum*. A *ratio decidendi* é a questão principal (*issue*) discutida no caso concreto e sua solução judicial, com escopo na motivação da decisão (*holding*) e os fatos relevantes do caso³⁶; e o *obiter dictum* são as questões tratadas apenas de passagem, sem qualquer impacto relevante para a decisão. Nenhum desses elementos são declarados como tais pelas Cortes. As Cortes tão só decidem. A qualificação do que foi decidido como efetiva motivação (e, portanto, precedente para casos futuros – *ratio decidendi*) ou como meras observações, comentários (e portanto irrelevantes para casos futuros – *obiter dicta*) é o grande desafio para os juristas e advogados da Common Law³⁷. Assim o debate argumentativo não se centra naquilo que a corte decidiu, mas sim se o que foi decidido, com a definição do sentido da norma jurídica a ser aplicada (*question of law*) que “regulará” casos para o futuro e a definição dos elementos fáticos que permitirão a extensão do *holding* por analogia.

A limitação mais importante sobre a aplicação do precedente é que a decisão em um caso anterior só é vinculativa em casos posteriores, onde os fatos no último caso são os “mesmos” que os do caso anterior. Todos os lados concordam que, se dois casos são iguais, o precedente se aplica, mas, se forem diferentes, não.³⁸

Usando as técnicas desenvolvidas no common law, um tribunal confrontado com aparentemente a vinculação deve analisar o precedente à luz dos fatos apresentados e da regra anunciada. Na medida em que pode haver diferenças factuais entre o caso atual e o anterior, o tribunal deve determinar se essas diferenças são relevantes para a aplicação da regra ou permitem que o precedente seja distinguido com base em princípios. (Caso Hart v. Massanari, decidido pela corte federal de apelação do 9º. Circuito da Justiça Federal dos EUA, em 2001) (tradução nossa)³⁹

³⁵ A propósito, “os países vinculados à Common Law geralmente atribuem peso significativo para decisões judiciais anteriores. Ao aderir aos resultados relativos às questões de direito das decisões anteriores, os juízes da common law constroem um corpo de jurisprudência que, otimisticamente, conduz a resultados consistentes e previsíveis. Desta forma, o cumprimento de decisões judiciais vinculativas ou persuasivas, serve ao mesmo propósito do *stare decisis*: “[A] promoção [do] desenvolvimento imparcial, previsível e consistente de de princípios legais” (SCHAFFER, op. cit., p.1).

³⁶ Reconhecemos que a definição do que seja a *ratio decidendi* é aberta a discussões também, conforme Montrose (MONTROSE, J.L. The ratio decidendi of a case. *The Modern Law Review*, [s.l.], v. 20, p. 587-595, 1957). Porém para efeitos desse trabalho, confira-se “a ratio decidendi a de um caso pode ser definida como os fatos materiais do caso mais a decisão sobre o mesmo” (Williams, 1950, p. 57 apud MONTROSE, 1957, p. 587, tradução nossa).

³⁷ GOODHART Arthur L. Determining the ratio decidendi of a case. *The Yale Law Journal*, v. 40, p. 161-182, 1930.

³⁸ LAMOND, Grant. Precedent and analogy in legal reasoning. *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*, Stanford, Spring 2016.

³⁹ Referência do caso no sistema norte-americano: UNITED STATES OF AMERICA. Court of Appeals. *Hart v. Massanari*, 266 F.3d 1155, 1172-73 (9th Cir. 2001).

Ora, se o resultado do processo de argumentação jurídica não dá um conteúdo claro e significativo à lei, este pouco contribui para a regulamentação objetiva do comportamento social que o estado de direito exige.

Ao revés, fomenta mais conflitos e divergências, na medida em que permite o encerramento do processo, com a escolha de uma das possíveis interpretações da lei, mas não produz orientações claras sobre a forma como o conflito deve ser gerido, tratado ou mediado. Nessa perspectiva, o funcionamento da lógica do contraditório incentivará mais conflitos, pois estes são devolvidos à sociedade sem uma resolução adequada, pois não houve o esclarecimento pela corte sobre qual é o comportamento determinado na lei.

Se a socialização é um processo de adaptação do indivíduo à sociedade, a ser alcançado pela internalização das normas sociais (incluindo as legais), a ausência de significados compartilhados deixa os membros da sociedade sem direção ou instruções claras. Assim, a previsibilidade das consequências jurídicas derivadas das condutas humanas é reduzida, assim como as perspectivas de redução de disputas/lides/conflitos antes que estes surjam. A consequência para os juízes mais abaixo na hierarquia do Judiciário é que uma vez que eles não encontrem bases seguras para seguir os precedentes estabelecidos pelo Supremo Tribunal, na ausência de constrações hermenêuticas claras, o efeito da lógica do contraditório funcionará para mascarar a prevalência de seus próprios interesses e opiniões pessoais (que se revelam na famosa expressão “decido com minha consciência”, categoria nativa do campo em termos antropológicos).

Por fim, a falta de consenso quanto ao significado compartilhado das normas jurídicas tem o potencial de distribuir justiça de forma desigual, a despeito do mandamento de igualdade que é assegurado no art. 5º da Constituição de 1988 (e que traz a expectativa de que a lei seja aplicada de forma universal e uniforme).⁴⁰ Todavia, ao fim e a cabo, a lei é aplicada de forma particularizada, o que se possibilitado a partir das diversas regras que integram a gramática decisória e, portanto, admitindo a adoção diferentes sentidos ou entendimentos sobre a possibilidade de controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário.

Quando um direito constitucional – que assegura universalização – se torna uma retórica vazia na prática, traduzida em uma grande opacidade das decisões judiciais, a legitimidade do Estado de Direito, tal como é entendida pelas sociedades modernas ocidentais, fica seriamente comprometida, levando a uma constância de instabilidade institucional e insegurança jurídica.

⁴⁰ A problemática da (des)igualdade jurídica veja Iorio Filho e Duarte (IORIO FILHO, R. M.; DUARTE, Fernanda. A impossibilidade da igualdade jurídica no Brasil. *Juris Poiesis*, Rio de Janeiro, v. 14, p. 47-62, 2011); e DUARTE, Fernanda; IORIO FILHO, Rafael Mario. Igualdade jurídica: entre o discurso e a gramática das decisões judiciais. In: BELLO, Enzo; ENGELMANN, Wilson (Coord.). *Metodologia da pesquisa em direito*. Caxias do Sul, RS: Educus, 2015. p.49-77) e Kant de Lima (KANT DE LIMA, Roberto. Tradição inquisitorial no Brasil, da Colônia à República: da devassa ao inquérito policial. *Religião e Sociedade*. [s.l.], v. 16, n. 1-2, p. 94-113, nov. 1992; _____. Carnavais, malandros e heróis: o dilema brasileiro do espaço público. In: GOMES, Laura Graziela; BARBOSA, Livia; DRUMMOND, José Augusto (Orgs.). *O Brasil não é para principiantes*. Rio de Janeiro: FGV, 2000; _____. Direitos civis e direitos humanos: uma tradição judiciária pré-republicana? *São Paulo em Perspectiva*, São Paulo, n. 18, p. 49-59, 2004; _____. Sensibilidades jurídicas, saber e poder: bases culturais de alguns aspectos do direito brasileiro em uma perspectiva comparada. *Anuário Antropológico*, Rio de Janeiro: Edições Tempo Brasileiro, v. 2009-2, p. 25-51, 2010).

Referências

AMORIM, Maria Stella. Juizados Especiais na região metropolitana do Rio de Janeiro. *Revista SJRJ*, Rio de Janeiro, n. 17, p. 107-133, 2006.

BERMAN, Harold. *Law and revolution*. Cambridge: Harvard University Press, 1983.

BOTELHO, José Mario. O que é gramática? *Revista Philologus*, Rio de Janeiro, ano 13, n. 37, p. 105-117, jan./abr. 2007. Disponível em: <<http://www.filologia.org.br/rph/ANO13/37/008.pdf>> Acesso em: 06 out. 2020.

BOURDIEU, Pierre. *O poder simbólico*. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 1989.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). ACO 876 MC-AgR/BA, Tribunal Pleno, Rel. Min. Menezes Direito. Brasília, 19 de dezembro de 2007. DJU, 01 ago. 2008. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=539061>>. Acesso em: 24 set. 2020.

_____. _____. Ag no RE 365.368/SC, Rel. Min. Ricardo Lewandowski. Brasília, 22 de maio de 2007.

_____. _____. Ag no RE 410.715/SP, 2ª Turma, Rel. Min. Celso de Mello. Brasília, 22 de novembro de 2005. DJ, 03 fev. 2006.

_____. _____. Ag no RE 505.439/MA, Rel. Min. Eros Grau. Brasília, 12 de agosto de 2008.

_____. _____. AgR no RE 480.107/PR, Rel. Min. Eros Grau. Brasília, 03 de março de 2009.

_____. _____. AI 509.213 no AgR/AL, Rel. Min. Carlos Britto. Brasília, 09 de agosto de 2005.

_____. _____. AI-AgR 594.955-1/BA, Primeira Turma, Rel. Min. Sepúlveda Pertence. Brasília, 19 de junho de 2007. DJU, 03 ago. 2007.

_____. _____. HC 82.893/SP, Rel. Min. Cezar Peluso. Brasília, 17 de dezembro de 2004.

_____. _____. RE 344.331/PR, Rel. Min. Ellen Gracie. Brasília, 11 de fevereiro de 2003.

_____. _____. RMS 24.699/DF, Rel. Min. Eros Grau. Brasília, 30 de novembro de 2004.

_____. _____. RMS 24.823/DF, 2ª Turma, Rel. Min. Ellen Gracie. Brasília, 18 de abril de 2006. DJ, 19 maio 2006.

_____. STJ. MS 10.906/DF 2005/0129.244-1, Rel. Min. Nilson Naves. Brasília, 10 de setembro de 2008.

CHARAUDEAU, Patrick. *Discurso político*. São Paulo: Contexto, 2006.

_____; MAINGUENEAU, Dominique. *Dicionário de Análise do Discurso*. São Paulo: Contexto, 2004.

DUARTE, Fernanda. Método de decisão judicial e Supremo Tribunal Federal: uma gramática a ser descoberta. In: DUARTE, Fernanda e KOERNER, Andrei (Org.) Temáticos “Justiça Constitucional no Brasil: Política e Direito”. Anais do Seminário Nacional sobre Anais do Seminário Nacional sobre Justiça Constitucional Justiça Constitucional Justiça Constitucional. Seção Especial da Revista EMARF. Rio de Janeiro: EMARF - TRF 2ª Região / RJ, dez. 2010. p. 279-298.

_____. *Princípio constitucional da igualdade*. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2001.

DUARTE, Fernanda; IORIO FILHO, Rafael Mario. Igualdade jurídica: entre o discurso e a gramática das decisões judiciais. In: BELLO, Enzo; ENGELMANN, Wilson (Coord.). *Metodologia da pesquisa em direito*. Caxias do Sul, RS: Educs, 2015. p. 49-77.

_____; _____. Uma gramática das decisões judiciais: mesmos casos, decisões desiguais. *Revista SJRJ*, Rio de Janeiro, v. 19, n. 33, p. 185-204, abr. 2012.

FRANÇA, Phillip Gil. O controle dos atos administrativos e a jurisprudência do STJ e do STF. *Empório do Direito*, São Paulo, 24 set. 2015. Disponível em: <<http://emporiiododireito.com.br/leitura/o-controle-dos-atos-administrativos-e-a-jurisprudencia-do-stj-e-do-stf>>. Acesso em: 25 set. 2020.

GEERTZ, Clifford. *Local knowledge: further essays in interpretive anthropology*. New York: Basic Books, 1983.

_____. *The Interpretation of cultures*. New York: Basic Books, 1973.

GLUCKMAN, Max. The reasonable man in Barotse Law. In: DUNDES, Alan. *Every man his way: readings in cultural anthropology*. Englewood Cliffs, N.J.: Prentice-Hall, 1968. p. 252-275 (Prentice-Hall Anthropology Series).

GOODHART Arthur L. Determining the ratio decidendi of a case. *The Yale Law Journal*, v. 40, p. 161-182, 1930.

GRECO, Leonardo. O princípio do contraditório. *Revista Dialética de Direito Processual*, São Paulo, n. 24, p.71-79, mar. 2005.

IORIO FILHO, Rafael Mario; DUARTE, Fernanda. A impossibilidade da igualdade jurídica no Brasil. *Juris Poiesis*, Rio de Janeiro, v. 14, p. 47-62, 2011.

_____; _____. Por uma gramática das decisões judiciais. In: CONSELHO NACIONAL DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO, XIX Encontro, 2010, Fortaleza. *Anais [...]*, Fortaleza, 2010.

IORIO FILHO; DUARTE. A lógica do contraditório: ainda somos medievais. In: SILVA, Mário Luis Villarruel da (Coord.). *Direito, discurso & poder: plexos pela linguagem*. 1 ed. Niterói: PPGSD - Programa de Pós-graduação em Sociologia e Direito, 2016. p. 31-44.

KANT DE LIMA, Roberto. Sensibilidades jurídicas, saber e poder: bases culturais de alguns aspectos do direito brasileiro em uma perspectiva comparada. *Anuário Antropológico*

co/2009-2, Brasília, p. 25-51, 2009. Disponível em: <<http://www.uff.br/ineac/sites/default/files/02-anuarioantropologico-robertokant.pdf>>. Acesso em: 05 dez 2014.

_____. *Antropologia da Academia: quando os índios somos nós*. Niterói: EdUFF, 1997.

_____. Carnavais, malandros e heróis: o dilema brasileiro do espaço público. In: GOMES, Laura Graziela; BARBOSA, Livia; DRUMMOND, José Augusto (Orgs.). *O Brasil não é para principiantes*. Rio de Janeiro: FGV, 2000.

_____. Direitos civis e direitos humanos: uma tradição judiciária pré-republicana? *São Paulo em Perspectiva*, São Paulo, n. 18, p. 49-59, 2004.

_____. Por uma antropologia do Direito no Brasil. In: FALCÃO, Joaquim de Arruda. *Pesquisa Científica e Direito*. Recife: Massangana, 1983.

_____. Tradição inquisitorial no Brasil, da Colônia à República: da devassa ao inquérito policial. *Religião e Sociedade*. [s.l.], v. 16, n. 1-2, p. 94-113, nov. 1992.

LAMOND, Grant. Precedent and analogy in legal reasoning. *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*, Standford, Spring 2016. Disponível em: <<https://plato.stanford.edu/archives/spr2016/entries/legal-reas-prec/>>. Acesso em: 23 set. 2020.

LÉVI-STRAUSS, Claude. *O Pensamento selvagem*. 2 ed. São Paulo: Ed. Nacional, 1976.

LUPETTI BAPTISTA, Bárbara Gomes. *Os rituais judiciais e o princípio da oralidade: construção da verdade no processo civil brasileiro*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2008.

_____. *Paradoxos e ambiguidades da imparcialidade judicial: entre “quereres” e “poderes”*. Porto Alegre: Ed. Sergio Antônio Fabris, 2013.

MELLO, Celso Antônio B. de. *Curso de direito administrativo*. 15 ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

MENDES, Regina Lúcia Teixeira. *Dilemas da Decisão Judicial*. As representações de juízes brasileiros sobre o princípio do livre convencimento do juiz e outros princípios correlatos. 2008. 267 f. Tese (Doutorado) - Programa de Pós-graduação em Direito, Universidade Gama Filho, Rio de Janeiro, 2008.

MICHAELS, Ralf. Comparative Law. In: BASEDOW, HOPT, ZIMMERMANN (Eds). *Oxford Handbook of European Private Law* (Oxford University Press forthcoming). [S.l.: s.n.], 2011a. Disponível em: <https://scholarship.law.duke.edu/faculty_scholarship/2388>. Acesso em: 21 set. 2020.

_____. Legal culture. In: BASEDOW, HOPT, ZIMMERMANN (Eds). *Oxford Handbook of European Private Law* (Oxford University Press forthcoming). [S.l.: s.n.], 2011b. Disponível em: < https://scholarship.law.duke.edu/faculty_scholarship/2390>. Acesso em: 21 set. 2020.

MONTROSE, J.L. The ratio decidendi of a case. *The Modern Law Review*,

[s.l.], v. 20, p. 587-595, 1957. Disponível em: <<https://onlinelibrary.wiley.com/doi/pdf/10.1111/j.1468-2230.1957.tb02720.x>>. Acesso em: 23 set. 2020.

NASCIMENTO, Carlos Manoel. A Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4874: o uso da Doutrina Chevron pelo Supremo Tribunal Federal. 2020. Tese (Doutorado) - Programa de Pós-graduação em Direito, Universidade Estácio de Sá, Rio de Janeiro, 2020.

NOVIKOFF, Alex J. *The medieval culture of disputation: Pedagogy, practice, and performance*. Philadelphia: University of Pennsylvania Press, 2013.

_____. Toward a cultural history of scholastic disputation. *The American Historical Review*, [Washington], v. 117, n. 2, p. 331-364, April 2012.

PERINI, M. A. *Princípios de linguística descritiva: introdução ao pensamento gramatical*. São Paulo: Parábola Editorial, 2006.

PISF – Projeto de integração do Rio São Francisco com as Bacias do Nordeste Setentrional. *BNDES*, Rio de Janeiro, [s.d.]. Disponível em: <<https://www.bndes.gov.br/wps/portal/site/home/transparencia/desestatizacao/processos-em-andamento/pisf>>. Acesso em: 23 set. 2020.

SCHAFER, Matthew. Federal law, federal courts, and binding and persuasive authority. The Writing Center at GULC, Washington, 2013. Disponível em: <<https://www.law.georgetown.edu/wp-content/uploads/2018/07/Matthew-Schafer-FederalLawFederalCourtsandBindingandPersuasiveAuthority.pdf>>. Acesso em: 23 set. 2020.

SILBEY, Susan S. Legal culture and cultures of legality. In: HALL, John R. et al. (Eds.). *Handbook of Cultural Sociology*. London and New York: Routledge, 2010. p. 470-479. Disponível em: <http://web.mit.edu/anthropology/pdf/articles/silbey/silbey_legal_cu.pdf>. Acesso em: 19 set. 2020.

SILVA, Berkly Pimentel da. *Existe uma gramática das decisões judiciais? A ADPF no. 130/DF como marco investigatório nas decisões do Supremo Tribunal Federal*. 2018. 264 f. Tese (Doutorado) - Programa de Pós-graduação em Direito, Universidade Estácio de Sá, Rio de Janeiro, 2018.

SILVA, Fernanda Duarte L.L da (DUARTE, Fernanda); LUPETTI BAPTISTA, Bárbara; IORIO FILHO, Rafael Mario. Uma análise empírica sobre o uso dos princípios, interpretação jurídica e decisão judicial. *Rev. Fac. Dir. Sul de Minas*, Pouso Alegre, v. 31, n. 2, p. 401-420, jul./dez. 2015.

UNITED STATES OF AMERICA. Court of Appeals. *Hart v. Massanari*. 266 F.3d 1155 (9th Cir. 2001).

Capítulo 15

Ensaio sobre a Transcendência dos Motivos Determinantes e o seu Potencial Maximizador de Direitos Fundamentais

Carolline de Abreu Nunes Longo

Resumo

Nos termos do art. 102, §2º, da Constituição Federal, as decisões proferidas no controle concentrado de constitucionalidade são dotadas de duas características peculiares: a eficácia *erga omnes* e o efeito vinculante perante o poder judiciário e a administração pública. Para a doutrina, a eficácia *erga omnes* teria o condão de retirar do mundo jurídico a norma inconstitucional que deflagrou o processo objetivo; o efeito vinculante, por sua vez, teria a prerrogativa de “ir além” ao possibilitar a declaração de inconstitucionalidade das normas que, por identidade objetiva ou material, seriam inconstitucionais pelas mesmas razões. A definição doutrinária para o efeito vinculante possui um pressuposto: a teoria da transcendência dos motivos determinantes, que, em resumo, estende o efeito vinculante aos próprios fundamentos que embasaram a decisão (não o restringe à parte dispositiva da decisão proferida). Em razão destes efeitos transcendentais, admite-se o cabimento de reclamação constitucional contra qualquer ato, administrativo ou judicial, que contrarie a interpretação constitucional consagrada pelo STF em sede de controle concentrado de constitucionalidade. A controvérsia relevante para este estudo surge da divergência existente entre o referido posicionamento doutrinário e a jurisprudência a respeito dos limites do efeito vinculante. Embora a atual jurisprudência do STF sustente que o efeito vinculante se restringe ao dispositivo da decisão, atenta análise jurisprudencial demonstra que houve uma mudança de posicionamento da Corte e, ressalte-se, sem a realização do devido *overruling*. Considerando as razões de importância da teoria da transcendência do direito alemão para o direito brasileiro, bem como a aproximação entre os sistemas de jurisdição ocidentais, busca-se demonstrar a necessidade de respeito a *ratio decidendi*, sobretudo diante da sistemática conferida ao precedente judicial

pelo novo CPC. Em seguida, apresenta-se a teoria como instrumento necessário à máxima efetivação dos direitos fundamentais, concluindo-se, por fim, que embora seja compreensível a jurisprudência defensiva que levou o STF a abandonar a aplicação da teoria da transcendência dos motivos determinantes, tal argumentação não deve prosperar, uma vez que a utilização deste instrumento traria benefícios concretos para a racionalidade da justiça e auxiliaria diretamente na consecução dos seus fins.

Palavras-chave

Transcendência dos motivos determinantes, direitos fundamentais, efeito vinculante.

Sumário

1. Introdução

2. Notas sobre a evolução da teoria da transcendência dos motivos determinantes no Brasil

2.1 Características das decisões proferidas no controle concentrado de constitucionalidade

2.2 As particularidades do efeito vinculante: a teoria da transcendência dos motivos determinantes

2.3 A reclamação constitucional como instrumento adequado para a implantação da teoria da transcendência no direito brasileiro

2.4 A eficácia vinculante e a transcendência dos motivos determinantes não se confundem com os limites da coisa julgada

3. Considerações acerca da hesitação do Supremo Tribunal Federal em aplicar a teoria da transcendência dos motivos determinantes

3.1 A aplicação da transcendência pelo Supremo Tribunal Federal

3.2 A refutação da transcendência pelo Supremo Tribunal Federal

3.3 A ausência de demonstração das razões para a realização do *overruling*

3.4 A aproximação entre os sistemas jurídicos anglo-saxão e romano-germânico

3.5 Relação da tese da transcendência dos motivos determinantes com as principais características dos direitos fundamentais: universalidade e efetividade

3.6 Ausência de segurança jurídica e desrespeito ao direito à isonomia causados pela não aplicação da transcendência dos motivos determinantes

3.7 A importância dada aos precedentes judiciais pelo novo Código de Processo Civil

4. Conclusão

*Adaptação do trabalho de conclusão de curso *A transcendência dos motivos determinantes como instrumento necessário à máxima efetivação dos direitos fundamentais* (graduação em Direito, Universidade Federal Fluminense), orientando pelo Prof. Dr. Ricardo Perlingeiro Mendes da Silva, coorientado pelo Prof. Dr. Gustavo Sampaio Telles Ferreira, e defendido em 14 de dezembro de 2018.

1. Introdução

O controle concentrado de constitucionalidade possui importância ímpar no sistema processual brasileiro e, não por acaso, é exercido pelo Supremo Tribunal Federal (STF),¹ que é o órgão competente para definir a interpretação correta da Constituição em abstrato e, em última instância, na análise concreta. Como os legitimados processuais a deflagrarem o controle concentrado de constitucionalidade (art. 103, CF) não defendem interesse jurídico próprio, mas da coletividade, as decisões proferidas nestas ações possuem eficácia *erga omnes*,² o que significa dizer que a decisão não se limita às partes em juízo (tradicional efeito *inter partes*). O efeito *erga omnes*, contudo, não é capaz de evitar que atos idênticos aos declarados inconstitucionais sejam reeditados pelo órgão competente, hipótese em que seria necessária a proposição de nova ação declaratória de inconstitucionalidade para sanar a violação de direitos já reconhecida pelo STF.³

Assim, o constituinte concedeu a tais decisões efeito vinculante perante o poder judiciário e a administração pública, tornando a decisão proferida no controle concentrado de constitucionalidade de observância obrigatória pelos referidos poderes. Cabe dizer, desde logo, que o efeito vinculante se restringe ao poder judiciário e à administração pública, não alcançando o poder legislativo, sob pena de gerar petrificação da evolução social.⁴

Discutir-se-á, então, a teoria da transcendência dos motivos determinantes, que reconhece efeito vinculante à decisão proferida pelo STF não apenas à parte dispositiva do julgado, mas também aos próprios fundamentos que embasaram a decisão.⁵ Segundo este entendimento, a eficácia da decisão proferida pelo Tribunal transcende o caso singular de modo que, tanto os princípios emanados da parte dispositiva, quanto os fundamentos determinantes sobre a interpretação da Constituição – que alicerçaram o julgado –, devem ser observados por todos os tribunais e autoridades nos casos futuros. Em razão deste efeito vinculante, admitir-se-ia o cabimento de reclamação constitucional contra qualquer ato, administrativo ou judicial, que contrarie a decisão proferida pelo Supremo em sede de controle concentrado de constitucionalidade.⁶ A controvérsia relevante para esta análise surge da discussão a respeito

¹ Ressalvada a possibilidade de os Tribunais de Justiça estaduais exercerem controle de constitucionalidade concentrado de leis municipais tendo por parâmetro a Constituição Estadual.

² MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 12 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 1201.

³ MESQUITA, Rodrigo Octávio de Godoy Bueno Caldas. Eficácia contra todos e efeito vinculante das decisões definitivas de mérito proferidas pelo Supremo Tribunal Federal em arguição de descumprimento de preceito fundamental decorrente da Constituição. *Revista de Direito Constitucional e Internacional – RDCL*, [São Paulo], v. 68, p. 258–286, jul./set. 2009.

⁴ LENZA, Pedro. *Direito constitucional esquematizado*. 16 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 144.

⁵ MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. 5 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016a.

⁶ BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência*. 7 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 249.

dos limites do efeito vinculante, ou seja, da aplicação ou não da teoria da transcendência dos motivos determinantes, pois, atualmente, a doutrina majoritária e a jurisprudência divergem a este respeito. A atual jurisprudência do STF sustenta que o efeito vinculante se restringe ao dispositivo da decisão, ou seja, restringe-se à declaração de constitucionalidade ou inconstitucionalidade de determinada lei ou ato normativo. A doutrina, por sua vez, argumenta que o efeito vinculante engloba as razões fundamentais encampadas pelo STF na declaração de inconstitucionalidade, aceitando, desta forma, a teoria da transcendência dos motivos determinantes. A partir análise temporal da jurisprudência do STF, contudo, é evidenciada a mudança de posicionamento da Corte em relação à aplicação da teoria da transcendência dos motivos determinantes – e, ressalte-se, sem a realização do devido *overruling*.⁷

Este trabalho busca demonstrar que, através da aplicação da referida teoria, poder-se-ia garantir o respeito ao princípio da isonomia e ao direito à igualdade, bem como garantir segurança jurídica e implementar as principais características dos direitos fundamentais: a universalidade e a efetividade.

2. Notas sobre a evolução da teoria da transcendência dos motivos determinantes no Brasil

Previamente ao debate sobre a teoria da transcendência dos motivos determinantes, é necessário tecer alguns comentários sobre o controle concentrado de constitucionalidade. Isto porque esta teoria reconhece efeito vinculante à decisão proferida pelo STF, no controle concentrado de constitucionalidade, não apenas à parte dispositiva do julgado, mas também aos próprios fundamentos que embasaram a decisão, ou seja, a sua *ratio decidendi*.⁸ Segundo este entendimento, a eficácia da decisão do Tribunal transcende o caso singular de modo que, tanto os princípios emanados da parte dispositiva quanto os fundamentos determinantes sobre a interpretação da Constituição – que embasaram o julgado –, devem ser observados por todos os tribunais e autoridades nos casos futuros. Para tanto, serão abordadas as duas características específicas da referida decisão: a eficácia *erga omnes* e o efeito vinculante, demonstrando-se as similaridades e diferenças existentes entre os dois institutos.

2.1 Características das decisões proferidas no controle concentrado de constitucionalidade

Como se sabe, a decisão proferida no controle concentrado de constitucionalidade brasileiro possui duas características peculiares: a eficácia *erga omnes* e o efeito vinculante (art.

⁷ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; DANTAS, Bruno. *Recurso especial, recurso extraordinário e a nova função dos tribunais superiores no direito brasileiro*: de acordo com o CPC de 2015 e a lei 13.256/16). São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

⁸ “A *ratio decidendi* – ou, para os norte-americanos, a holding – são os fundamentos jurídicos que sustentam a decisão; a opção hermenêutica adotada na sentença, sem a qual a decisão não teria sido proferida como foi” (DIDIER Jr, Freddie. *Curso de direito processual civil*. v. 3. Salvador: Ed. JusPodivm, 2016. p. 442).

102, §2º, CF). Ambos não constavam no texto original da Constituição de 1988 e, até a Emenda Constitucional nº 3/1993,⁹ que implementou o primeiro dispositivo constitucional acerca da eficácia *erga omnes* no direito brasileiro, tais características não possuíam previsão legal, sendo – principalmente o efeito vinculante – pouco comentadas no Brasil.¹⁰

Foi à luz da Emenda Constitucional nº 1/1969,¹¹ que conferia ao Senado Federal a competência para suspender a execução – no todo ou em parte – de lei ou decreto declarados inconstitucionais por decisão definitiva do que, paulatinamente, a jurisprudência do STF construiu a tese da eficácia *erga omnes* da decisão de inconstitucionalidade proferida no controle concentrado de constitucionalidade. Inicialmente, nos termos da referida EC, o STF submetia a decisão de inconstitucionalidade – proferida no controle abstrato – ao Senado Federal, para que este determinasse a suspensão da execução da lei. Em 1979, a partir do voto proferido pelo Min. Moreira Alves no julgamento da Representação 1.016-3,¹² seguido à unanimidade pela e. Corte, o STF estabeleceu que suas decisões, proferidas em controle abstrato de constitucionalidade, produziam eficácia *erga omnes* e, por isso, dispensavam a atuação do Senado Federal.¹³

Para Gilmar Mendes, a eficácia *erga omnes* e o efeito vinculante deveriam ser tratados como institutos afins, mas distintos.¹⁴ Isso porque, embora também possa ser conceituado como a observância obrigatória por parte do poder judiciário e da administração pública às decisões proferidas no controle concentrado de constitucionalidade (inclusive no exercido pelos Tribunais de Justiça),¹⁵ o efeito vinculante possui particularidades quanto à sua aplicação prática (processual) e, ainda, quanto aos próprios limites desta aplicação.

⁹ MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. 5 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016a. p. 195-196.

¹⁰ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 12 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 1.212.

¹¹ Art. 42 da Emenda Constitucional nº 1/1969: Compete privativamente ao Senado Federal: VII – suspender a execução, no todo ou em parte, de lei ou decreto, declarados inconstitucionais por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal; Art. 119. Compete ao Supremo Tribunal Federal: I – processar e julgar originariamente; I) a representação do Procurador-Geral da República, por inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual.

¹² “Para a defesa de relações jurídicas concretas em face de leis ordinárias em desconformidade com as Constituições vigentes na época em que aquelas entraram em vigor, há a declaração de inconstitucionalidade incidendo tantum, que só passa em julgado para as partes em litígio (consequência estritamente jurídica), e que só tem eficácia *erga omnes* se o Senado Federal houver por bem (decisão de conveniência política) suspendê-la no todo ou em parte. Já o mesmo não ocorre com referência à declaração de inconstitucionalidade obtida em representação, a qual passa em julgado *erga omnes*, com reflexos sobre o passado (a nulidade opera ex tunc), independentemente de atuação do Senado, por se tratar de decisão cuja conveniência política do processo de seu desencadeamento se fez a priori, e que se impõe, quaisquer que sejam as consequências para as relações jurídicas concretas, pelo interesse superior da preservação do respeito à Constituição que preside à ordem jurídica vigente” (BRASIL. STF. Pleno, Representação 1.016-3, rel. Min. Moreira Alves. Brasília, 20 de setembro de 1979).

¹³ MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. 5 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016a.

¹⁴ MENDES; BRANCO, op. cit., p. 1212.

¹⁵ Art. 125, §2º, da Constituição Federal: “Art. 125 Os Estados organizarão sua Justiça, observados os princípios estabelecidos nesta Constituição. § 2º Cabe aos Estados a instituição de representação de inconstitucionalidade de leis ou atos normativos estaduais ou municipais em face da Constituição Estadual, vedada a atribuição da legitimação para agir a um único órgão.”

O efeito vinculante somente entrou na pauta brasileira em 1992, com a proposta de Emenda Constitucional nº 130,¹⁶ apresentada pelo deputado Roberto Campos.¹⁷ A referida EC visava conferir – por meio de expressa previsão constitucional – eficácia *erga omnes* às decisões do Supremo Tribunal Federal em sede de controle de constitucionalidade concentrado, e introduzir, no direito brasileiro, o efeito vinculante em relação aos órgãos e agentes públicos. Vê-se que, em 1992, já se notava a necessidade de uma mudança legislativa que trouxesse, além de mais celeridade e economia processual, segurança jurídica ao poder judiciário brasileiro e que pudesse garantir isonomia, valendo transcrever parte da justificativa do aludido projeto:

A declaração de nulidade de uma lei não obsta à sua reedição, ou seja, a repetição do seu conteúdo em outro diploma legal. Tanto a coisa julgada quanto a força de lei (eficácia *erga omnes*) não lograriam evitar esse fato. Todavia, o efeito vinculante, que deflui dos fundamentos determinantes (tragende Grunde) da decisão, obriga o legislador a observar estritamente a interpretação que o tribunal conferiu a Constituição. Consequência semelhante se tem quanto às chamadas normas paralelas.

O efeito vinculante, entretanto, veio a ser consagrado apenas em 1993, com a aprovação da Emenda Constitucional nº 3,¹⁸ que adicionou o §2º ao art. 102 da Constituição Federal, da forma que segue. A EC 3/93, contudo, referia-se apenas à ação declaratória de constitucionalidade e coube a lei federal 9.868/99 estender os efeitos também para as ações declaratórias de inconstitucionalidade.¹⁹ Em 2004, com a Reforma do Judiciário, o texto constitucional foi novamente alterado. Ao alterar a redação do parágrafo supramencionado, a Emenda Constitucional nº 45/04 estabeleceu o efeito vinculante como se conhece.

O efeito vinculante, então, é o atributo da decisão judicial que a torna de observância obrigatória para os demais órgãos do poder judiciário e para a administração pública direta e indireta (em todas as esferas). Vale ressaltar que o poder legislativo não está abrangido por

¹⁶ Conforme o site da Câmara dos Deputados: Ementa: “Suprime o inciso x do artigo 52 e da nova redação aos artigos 102 e 103 da Constituição federal”. Explicação da emenda: “Dispondo sobre a eficácia da declaração de inconstitucionalidade de leis e atos normativos pelo STF, e efeito vinculante para os órgãos e agentes públicos, alterando o inciso x do artigo 52, o artigo 102 e artigo 103 da Constituição Federal de 1988” (BRASIL. PEC 130/1992).

¹⁷ Inteiro teor do projeto de proposta de emenda à Constituição nº 130, de 1992, com justificativas. CAMPOS, Roberto. Proposta de emenda à Constituição nº 130, de 1992. *Diário do Congresso Nacional* (Seção I), Brasília, 23 set. 1992.

¹⁸ “§ 2.º As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas ações declaratórias de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal, produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e ao Poder Executivo” BRASIL. Emenda constitucional nº 3, de 17 de março de 1993.

¹⁹ MESQUITA, Rodrigo Octávio de Godoy Bueno Caldas. Eficácia contra todos e efeito vinculante das decisões definitivas de mérito proferidas pelo supremo tribunal federal em arguição de descumprimento de preceito fundamental decorrente da constituição. *Revista de Direito Constitucional e Internacional - RDCI*, [São Paulo], v. 68, p. 258–286, jul./set. 2009.

esta vinculação,²⁰ visto que isso poderia causar um engessamento do poder legislativo frente às mudanças sociais e jurídicas e, ainda, violar a separação de poderes existente,²¹ já que ao legislativo cabe, primordialmente, a edição das leis. Por fim, rememore-se que o legislador ordinário também se voltou à matéria recentemente, quando da edição da nova codificação processual brasileira, destacando este efeito no art. 927 do CPC, que será comentado a frente.

2.2 As particularidades do efeito vinculante: a teoria da transcendência dos motivos determinantes

Cabe ao Gilmar Mendes o mérito de ter desenvolvido, a partir do direito alemão, a transcendência dos motivos determinantes no Brasil. Neste sentido, fazem-se relevantes algumas considerações acerca da organização constitucional daquele País. A Lei Fundamental da República Federal da Alemanha elenca, no seu art. 93, as competências do Tribunal Federal Constitucional, prevendo, dentre essas, que o Tribunal decide sobre (i) a interpretação da Lei Fundamental em controvérsias a respeito da extensão dos direitos e deveres de um órgão superior da Federação ou de outros interessados; (ii) os recursos de inconstitucionalidade, que podem ser interpostos por todo cidadão que alega ter dito prejudicados pelo poder público e, ainda; (iii) os recursos de inconstitucionalidade de municípios e associações de municípios contra a violação por uma lei do direito de autonomia administrativa.²²

A doutrina destaca a posição preeminente ocupada pelo Tribunal Constitucional Federal alemão internamente, entre os demais órgãos constitucionais alemães, e externamente, entre as Cortes Constitucionais estrangeiras, pois, além de exercer forte jurisdição constitucional, o Tribunal é conhecido por sua especialização e pelo desenvolvimento de técnicas de hermenêutica constitucional.²³ Coube §31.1 da Lei Orgânica do Tribunal Constitucional Federal alemão a consagração do efeito vinculante (*Bindungswirkung*) às decisões de mérito do Tribunal Constitucional,²⁴ ao estabelecer que *as decisões do Tribunal Constitucional Fede-*

²⁰ BRASIL. STF. Tribunal Pleno. Rel. Min. Cezar Peluso. AgRg Rcl 2.617/MG. Brasília, 23 de fevereiro de 2005.

²¹ MESQUITA, Rodrigo Octávio de Godoy Bueno Caldas. Eficácia contra todos e efeito vinculante das decisões definitivas de mérito proferidas pelo Supremo Tribunal Federal em arguição de descumprimento de preceito fundamental decorrente da Constituição. *Revista de Direito Constitucional e Internacional - RDCl*, [São Paulo], v. 68, p. 258–286, jul./set. 2009.

²² Lei Fundamental da República Federal da Alemanha traduzida para o português (LEI FUNDAMENTAL da República Federal da Alemanha. Versão alemã de 23 de maio de 1949. Tradução Aachen Assis Mendonça. *Deutscher Bundestag*, Berlin, última atualização em 28 de março de 2019).

²³ DINIZ, Antonio Carlos de Almeida. A recepção do instituto de efeito vinculante pelo direito brasileiro. *Revista de Direito Constitucional e Internacional - RDCl*, [São Paulo], v. 39, p. 209–224, abr./jun. 2002.

²⁴ “a força dos precedentes, que presumivelmente vincula os Tribunais, é reforçada no direito alemão pelo disposto no §31, I, Da Lei do Tribunal Constitucional alemão (KRIELE, Martin. *Theorie der Rechtsgewinnung*: entwickelt am Problem der Verfassungsinterpretation. 2 ed. Berlin: Duncker & Humblot, 1976. p. 291, 312 e 313). A semelhante resultado chegam as reflexões de Bachof, segundo o qual o papel fundamental do Tribunal Constitucional alemão consiste na extensão de suas decisões aos casos ou situações paralelas (BACHOF, Otto. *Die Prüfungs und bundesrechtswidrigen Gesetz. AöR* 87, 1962. p. 25). Tal como já anotado, parecia inequívoco

ral vinculam os órgãos constitucionais da Federação e dos estados, assim como todos os tribunais e autoridades.²⁵ Esta eficácia vinculante, segundo a jurisprudência da Corte de Karlsruhe, abrangeria não somente a parte dispositiva da decisão, mas também a *ratio decidendi*, ou seja, os fundamentos jurídicos em torno dos quais se orienta precipuamente a decisão, sendo de observância obrigatória por todos os tribunais e autoridades nos casos futuros.²⁶

Roger Stiefelmann Leal ressalta todos os princípios constitucionais privilegiados pela aplicação desta técnica, valendo citar (i) a estabilidade das relações sociais e políticas; (ii) a correção de eventuais equívocos ou injustiças; e (iii) a eliminação de eventuais divergências hermenêuticas, em nome dos princípios da segurança jurídica, da igualdade e da unidade da Constituição.²⁷ Quanto ao modelo alemão, por fim, é importante ressaltar que a observância do efeito vinculante se legitima na própria autoridade do Tribunal Constitucional e que eventual inobservância, aparentemente, não faz incidir qualquer penalidade ao aplicador do direito.²⁸

No Brasil, a discussão acerca do efeito vinculante reside, justamente, na aplicação, ou não, deste instituto com as características desenvolvidas na Alemanha. Discute-se os limites do efeito vinculante, uma vez que a teoria da transcendência dos motivos determinantes, inspirada na previsão alemã, atribui este efeito não apenas à parte dispositiva das decisões proferidas no controle concentrado de constitucionalidade, mas também aos próprios fundamentos que embasaram a decisão. Deste modo, a eficácia da decisão do Tribunal transcenderia o caso singular²⁹ de maneira que, tanto os princípios emanados da parte dispositiva quanto os fundamentos determinantes acerca da interpretação da Constituição – que embasaram o julgado –, tornam-se de observância obrigatória por todos os tribunais e autoridades administrativas nos casos futuros.

As expressões *motivos determinantes da decisão* e *eficácia transcendente da motivação* são, em um primeiro momento, sinônimas e expressam significado próximo ao de *ratio decidendi*. Segundo Marinoni, isso se deve ao fato desta última expressão possuir uma *qualificação da motivação ou da fundamentação, a apontar para aspecto que estabelece claro link entre os motivos*

o propósito do legislador alemão, ao formular o §31 da Lei Orgânica do Tribunal, de dotar a decisão de uma eficácia transcendente (cf. Brun-Otto Bryde, *Verfassungsentwicklung*, cit, p. 420)” (BRASIL. STF. Tribunal do Pleno, Ag. Reg. Rcl 2.475-0 MG, rel. Min. Marco Aurelio. Brasília, 02 de agosto de 2007. Voto do Min. Gilmar Mendes. p. 24.)

²⁵ HECK, Luis Afonso. Lei sobre o Tribunal Constitucional Federal alemão: lei do Tribunal Constitucional Federal. *Revista de informação legislativa*, Brasília, v. 32, n. 127, p. 241-258, jul./set. 1995.

²⁶ DINIZ, Antonio Carlos de Almeida. A recepção do instituto de efeito vinculante pelo direito brasileiro. *Revista de Direito Constitucional e Internacional – RDCI*, [São Paulo], v. 39, p. 209-224, abr./jun. 2002.

²⁷ LEAL, Roger Stiefelmann. *O efeito vinculante na jurisdição constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 114.

²⁸ D’ÁVILA, Michelangelo Carvalho Nabuco. Efeito vinculante no direito constitucional Brasileiro. *Revista da EJUSE*, Aracaju, n. 21, p. 45-70, 2014. (Doutrina).

²⁹ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 12 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 1865.

e a decisão,³⁰ ou seja, os motivos têm de ser determinantes para a decisão. Enquanto a *ratio decidendi* compreende a fundamentação essencial que ensejou aquele determinado resultado da ação, será *obiter dictum* todos os comentários laterais, de passagem, que não influem na decisão, e, portanto, não vinculam para fora do processo.³¹ Neste sentido, não é todo e qualquer motivo que tem eficácia vinculante ou transcendente: apenas os motivos efetivamente determinantes para a decisão constituem a *ratio decidendi* e, conseqüentemente, adquirem a eficácia transcendente. Assim, *se a norma X foi considerada inconstitucional em virtude das razões Y, a norma Z, substancialmente idêntica a X, exige a aplicação das razões Y.*³²

A doutrina posiciona-se majoritariamente a favor da tese em questão,³³ compreendendo pela vinculação dos fundamentos da decisão especialmente no caso de variedade de leis estaduais e municipais materialmente semelhantes. Assim a transcendência dos motivos determinantes é o que qualifica o efeito vinculante das decisões proferidas no controle de constitucionalidade concentrado, pois, ao tornar determinada decisão de observância obrigatória, vincula as futuras respostas para situações jurídicas semelhantes à solução construída previamente pelo órgão competente – não somente à parte dispositiva da decisão –, mas também à interpretação dada à matéria em questão, ou seja, aos fundamentos ou motivos determinantes.

2.3 A reclamação constitucional como instrumento adequado para a implantação da teoria da transcendência no direito brasileiro

Reside na prática processual a segunda grande particularidade a ser considerada no efeito vinculante, qual seja: a possibilidade de utilização da reclamação constitucional diretamente no órgão que teve a autoridade da sua decisão desrespeitada (notadamente o Supremo Tribunal Federal ou os Tribunais de Justiça estaduais, quando a decisão fizer referência ao controle de constitucionalidade de leis municipais). Isso porque, diante da inobservância de uma norma com eficácia *erga omnes*, é necessário seguir a trajetória regularmente prevista pelo direito processual, enquanto que, perante a inobservância de uma norma com eficácia vinculante, haverá a possibilidade de manejo de um atalho processual: a reclamação.

A Constituição Federal prevê em seu art. 102, I, “1”, que cabe ao STF processar e julgar, originariamente, *a reclamação para preservação de sua competência e garantia da autoridade de suas decisões*. A leitura conjunta deste dispositivo com o art. 102, §2º, da Carta Magna,³⁴

³⁰ MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. 5 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016a.

³¹ LENZA, Pedro. *Direito constitucional esquematizado*. 16 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 144.

³² MARINONI, 2016a, op. cit., p. 195-196.

³³ Neste sentido, veja-se os seguintes autores: Gilmar Ferreira Mendes, Luís Roberto Barroso, Pedro Lenza, Luiz Guilherme Marinoni, Fredie Didier Jr, Daniel Mitidiero, Alexandre Câmara, dentre outros.

³⁴ Art. 102, §2º da Constituição Federal: “As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas ações diretas de inconstitucionalidade e nas ações declaratórias de constitucionalidade produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal.”

demonstra que, em razão do efeito vinculante, é cabível o ajuizamento de reclamação contra qualquer ato judicial ou administrativo que contrarie decisão proferida pelo STF em sede de controle concentrado de constitucionalidade.³⁵ Importante ressaltar que, considerando a teoria da transcendência dos motivos determinantes, haveria a dispensabilidade de o ato objeto da reclamação estar vinculado ao mesmo dispositivo legal discutido no paradigma apontado, bastando que as razões fixadas pela E. Corte tenham sido desrespeitadas pela Administração Pública ou pelo Poder Judiciário.

O legislador ordinário debruçou-se recentemente sobre a questão. O Código de Processo Civil de 2015 regulamenta a reclamação em seu art. 988 e seguintes, pormenorizando hipóteses de cabimento e trâmites para julgamento. No art. 988, §4º, é expressamente prevista a hipótese de cabimento de reclamação para garantir a observância das decisões proferidas pelo STF em controle concentrado de constitucionalidade, compreendendo a aplicação indevida da *tese jurídica* criada no julgamento dessas ações.³⁶ Considerando-se que a codificação processual anterior sequer versava sobre a reclamação e o posicionamento jurisprudencial atual do Supremo acerca da transcendência dos motivos determinantes, parece clara a escolha feita pelo legislador ao utilizar o termo *tese jurídica* para normatizar a questão, demonstrando, assim, que o efeito vinculante não se restringe ao dispositivo da decisão.³⁷ Como destacado por Fredie Didier, o novo CPC *ampliou o cabimento da reclamação para o âmbito de qualquer tribunal, e não apenas do STJ e do STF, permitindo, assim, que a competência e autoridade de todos eles sejam preservadas e protegidas*.³⁸

Traçadas as diferenças, cabe dizer que não há dúvidas quanto à aplicação do efeito vinculante, eis que previsto em nível constitucional e, agora, infraconstitucional. Entretanto, como mencionado, a doutrina majoritária e a jurisprudência atualmente divergem quanto aos limites de sua aplicação. Mais precisamente, há divergência sobre tal efeito estar restrito

³⁵ BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência. 7 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 249.

“Assim prolatada decisão que constitui precedente obrigatório, seguida de posterior ato judicial ou administrativo que deixe de aplicar ou aplique equivocadamente esse precedente, seria possível propor reclamação constitucional diretamente para o tribunal superior, que, julgada procedente, cassaria a decisão ou ato e determinaria a sua correta aplicação, ou a não aplicação da *ratio decidendi*, conforme as peculiaridades do caso.” (MACÊDO, Lucas Buril et al. (Orgs.). *Processos nos tribunais e meios de impugnação às decisões judiciais*. v. 6. Salvador: Juspodivm, 2015. (Coleção Novo CPC: Doutrina selecionada). (Coleção Novo CPC: Doutrina selecionada). p. 214)

³⁶ “Art. 988. Caberá reclamação da parte interessada ou do Ministério Público para: [...] § 4º As hipóteses dos incisos III e IV compreendem a aplicação indevida da tese jurídica e sua não aplicação aos casos que a ela correspondam.”

³⁷ DIDIER Jr, Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro. *Curso de direito processual civil*: o processo civil nos tribunais, recursos, ações de competência originária de tribunal e *querela nullitatis*, incidentes de competência originária de tribunal. 13 ed. reform. Salvador: Ed. JusPodivm, 2016. p. 556)

³⁸ THEODORO Jr, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*: Teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento e procedimento comum. v. III, 47 ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p.1041.

ao dispositivo da decisão ou atingir igualmente a sua fundamentação, a *ratio decidendi*, com efeito vinculante perante o poder judiciário e a administração pública.

2.4 A eficácia vinculante e a transcendência dos motivos determinantes não se confundem com os limites da coisa julgada

O efeito vinculante, além de não se confundir com o efeito *erga omnes*, não configura uma discussão sobre os limites da coisa julgada. Para Luiz Guilherme Marinoni, *a diferença entre coisa julgada, eficácia erga omnes e eficácia vinculante está em suas essências*.³⁹ Como visto, a eficácia *erga omnes* remete aos efeitos diretos da decisão, determinando a observância de determinado pronunciamento judicial por todos aqueles que se encontrem no âmbito de incidência do ato jurídico em questão. Contudo, situações externas aos limites dessa conjectura não são abrangidas pelo efeito, razão pela qual uma nova norma com o mesmo conteúdo de norma outrora declarada inconstitucional seria válida. A eficácia vinculante, por sua vez, embora igualmente gere a observância obrigatória por parte do poder judiciário e da administração pública às decisões proferidas no controle concentrado de constitucionalidade, não se restringe ao dispositivo – ou seja, a declaração de constitucionalidade ou inconstitucionalidade –, vinculando os órgãos expressos na lei aos motivos determinantes da decisão proferida e possuindo, ainda, mecanismo próprio para o seu exercício: a reclamação.

A coisa julgada, a seu turno, diz respeito aos limites objetivos e subjetivos de um pronunciamento judicial, nos termos do art. 502 do CPC (*denomina-se coisa julgada material a autoridade que torna imutável e indiscutível a decisão de mérito não mais sujeita a recurso*). Para a doutrina, existem duas espécies de coisa julgada, com diferentes graus de estabilidade: a formal e a material. Considerando que a coisa julgada formal remete-se apenas à *impossibilidade de reabrir o mesmo processo*,⁴⁰ dedicar-se-á a discutir a coisa julgada material, uma vez que esta diz respeito a impossibilidade de se rediscutir o conteúdo decisório da sentença, com efeitos endoprocessuais e extraprocessuais⁴¹ (as chamadas *imutabilidade* e *indiscutibilidade*, nos termos do mencionado art. 502 do CPC).

A coisa julgada material, portanto, torna o conteúdo da decisão de mérito imutável e indiscutível, não mais podendo ser alterado nem discutido, seja em que processo for. Segundo Alexandre Câmara, a coisa julgada material é a imutabilidade do conteúdo da decisão de mérito irrecorrível. Quanto aos limites objetivos da coisa julgada, não há muito a se considerar, uma vez que o legislador expressamente limitou o seu alcance apenas ao dispositivo da

³⁹ MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. 5 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016a.

⁴⁰ ASSIS, Araken de. *Processo civil brasileiro*. Parte especial procedimento comum (da demanda à coisa julgada). v. III, 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

⁴¹ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Código de processo civil comentado*. 4. ed. rev., atual e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018.

sentença, nos termos do art. 503 e 504 do CPC. Os limites subjetivos da coisa julgada, por outro lado, exigem especial atenção em razão de previsões específicas. O art. 506 do CPC estabelece que *a sentença faz coisa julgada às partes entre as quais é dada, não prejudicando terceiros*. Pode-se extrair, portanto, a regulamentação processual quanto aos limites subjetivos da coisa julgada, qual seja: a coisa julgada fica limitada às partes da demanda, não prejudicando (mas podendo beneficiar) terceiros.⁴² Neste ponto, vale perpassar as chamadas coisa julgada *erga omnes* e ultra partes, peculiares à disciplina da tutela processual dos direitos difusos e coletivos, valendo mencionar a possibilidade de propositura da mesma ação com base em outras provas e a extensão da coisa julgada aos colegitimados para a ação coletiva.⁴³ Evidencia-se, assim, as diferenças entre os institutos da coisa julgada, do efeito vinculante e da eficácia *erga omnes*. Para reforçar tal entendimento, menciona-se o julgamento da Rcl 1987 - considerado o *leading case* da aplicação da transcendência dos motivos determinantes pelo Supremo Tribunal Federal -, no qual o então Ministro do STF Cezar Peluso destacou que negar a teoria da transcendência dos motivos determinantes era reduzir o efeito vinculante e a eficácia *erga omnes* ao alcance da coisa julgada.⁴⁴ O Min. Gilmar Mendes, por sua vez, consignou em sua declaração de voto que a limitação do efeito vinculante à parte dispositiva da decisão tornaria de todo despiciendo esse instituto, uma vez que ele pouco acrescentaria aos institutos da coisa julgada e da força de lei ou da eficácia *erga omnes*.⁴⁵

Após todas essas considerações, conclui-se que negar a teoria da transcendência dos motivos determinantes, limitando o efeito vinculante à parte dispositiva da decisão, é reduzir e igualar, efetivamente, o efeito vinculante à eficácia *erga omnes* e/ou aos limites da coisa julgada, diminuindo significativamente a contribuição que o Supremo Tribunal Federal, enquanto órgão máximo da jurisdição interna e guardião da Constituição, pode dar à preservação e ao desenvolvimento da ordem constitucional.⁴⁶

3. Considerações acerca da hesitação do Supremo Tribunal Federal em aplicar a teoria da transcendência dos motivos determinantes

3.1 A aplicação da transcendência pelo Supremo Tribunal Federal

Em um primeiro momento, o STF entendeu que os motivos determinantes da decisão proferida no controle concentrado de constitucionalidade eram abarcados pelo efeito vin-

⁴² CÂMARA, Alexandre Freitas. *O novo processo civil brasileiro*. São Paulo: Atlas, 2015. p. 310-311.

⁴³ MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. 5 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016a.

⁴⁴ BRASIL. STF. Tribunal do Pleno, rel. Min. Mauricio Corrêa, Rcl 1.987-0-DF. Brasília, 01 de outubro de 2003. p. 29 e 30.

⁴⁵ BRASIL. STF. Tribunal do Pleno, rel. Min. Mauricio Corrêa, Rcl 1.987-0-DF. Brasília, 01 de outubro de 2003. p. 58.

⁴⁶ BRASIL. STF. Tribunal do Pleno, Ag. Reg. Rcl 2.475-0 MG, rel. Min. Marco Aurélio. Brasília, 02 de agosto de 2007. Voto do Min. Gilmar Mendes. p. 24.

culante. Desta forma, outras normas, que não tinham sido objeto de apreciação no processo objetivo, desde que tivessem o mesmo conteúdo daquela analisada, sofreriam os efeitos do controle concentrado.

O julgamento da Rcl 1.987 é considerado o *leading case* desta interpretação. Em julgamento ocorrido em 1º de outubro de 2003,⁴⁷ o STF analisou a reclamação proposta pelo Governador do Distrito Federal contra decisão proferida pela juíza presidente do Tribunal Regional do Trabalho da 10ª Região, alegando que havia sido desrespeitada a decisão do Supremo proferida no julgamento da ADI 1.662-SP.⁴⁸ No caso concreto, a juíza havia determinado o sequestro da quantia R\$ 21.075,19 para pagamento do Precatório 00494/1998, expedido contra a extinta Fundação Educacional do Distrito Federal. O Governador alegou que a decisão reclamada teria como circunstância fática a ausência de depósito para a quitação do débito trabalhista, fundamentado no art. 100, §2º, da CF, bem como art. 78, §4º do ADCT. Segundo o reclamante, a única possibilidade de sequestro de verbas públicas para pagamento de precatório admitida pela Constituição seria a da preterição do direito de precedência, o que não se verificaria no caso. Ainda, a superveniência da Emenda Constitucional 30/00, que alterou o referido art. 100, da CF, não teria modificado este cenário, já que a previsão do §4º do art. 78 do ADCT, no qual fundamentou-se a decisão, incidiria exclusivamente nos casos de parcelamento a que se refere o caput do dispositivo.

Ao proferir o seu voto pela procedência da ação, o então Ministro do STF Maurício Corrêa, relator da referida reclamação, destacou que qualquer ato, administrativo ou judicial, que determinasse o sequestro de verbas públicas seria contrário ao julgado e desafiaria, assim, a autoridade da decisão proferida pelo STF no controle de constitucionalidade concentrado. Para o Ministro, a reclamação deveria ser julgada procedente, sob pena de incentivar o descumprimento sistemático das decisões da mais alta Corte do País.⁴⁹

Foi destacado que, independente da reclamação relacionar-se ao ato normativo invalidado pelo STF, era incontestável que a determinação de sequestro desobedeceria ao conteúdo

⁴⁷ BRASIL. STF. Tribunal Pleno, rel. Min. Maurício Corrêa, Rcl 1.987-0-DF. Brasília, 01 de outubro de 2003.

⁴⁸ Proposta pelo Governador de São Paulo em 1997, a ADI objetivava declarar a inconstitucionalidade da Instrução Normativa 11/1997, do Tribunal Superior do Trabalho, que uniformiza os “procedimentos para a expedição de Precatórios e Ofícios requisitórios referentes às condenações decorrentes de decisões transitadas em julgado, contra a União Federal (Administração Direta), Autarquias e Fundações”. Os itens III e XII deste to equiparou à hipótese de preterição do direito de precedência, prevista no § 2º do art. 100 da Constituição Federal, a situação de não inclusão do débito no orçamento do ente devedor e a de pagamento inidôneo (a menor ou realizado fora do prazo), de modo a permitir, assim, o sequestro de verbas públicas para a quitação de dívidas judiciais trabalhistas igualmente nestes casos. Por maioria, o Tribunal julgou procedente o pedido formulado na ação, criando a tese de que, tratando-se de débitos trabalhistas de evidente natureza alimentar, somente se admite o saque forçado de verbas públicas na hipótese de comprovada preterição do direito de precedência, nos exatos termos constitucionais, a ela não se equiparando o transcurso em branco do prazo legal para satisfação do crédito.

⁴⁹ BRASIL. STF. Tribunal do Pleno, rel. Min. Maurício Corrêa, Rcl 1.987-0-DF. Brasília, 01 de outubro de 2003.

essencial do julgado da Corte. O relator complementou dizendo que *o ato impugnado não apenas contrastou a decisão proferida na ADI 1.662-SP, como, essencialmente, está em confronto com os seus motivos determinantes*.⁵⁰

Por maioria, considerando-se a necessária preservação e o desenvolvimento da ordem constitucional, reconheceu-se a transcendência sobre a parte dispositiva dos motivos que embasaram a decisão e igualmente dos princípios por ela consagrados, uma vez que os fundamentos resultantes da interpretação da Constituição deveriam ser observados por todos os tribunais e autoridades.⁵¹

A tese foi novamente adotada pelo Ministro Celso de Mello, quando do julgamento da Rcl 2.986-SE, restando assentado que *o efeito vinculante refere-se, igualmente, à própria “ratio decidendi”, projetando-se, em consequência, para além da parte dispositiva do julgamento que se proferiu em sede de controle normativo abstrato*.⁵² Em julgamento ocorrido em 2007⁵³ – quatro anos após o *leading case* mencionado – a Ministra Carmen Lúcia negou seguimento a uma reclamação fundamentada no julgamento de reclamação anterior, e, embora tenha lhe negado seguimento por tal razão,⁵⁴ destacou a adoção da Corte à teoria da transcendência dos motivos determinantes. Em seguida, foram colacionadas diversas decisões de relatoria do Min. Gilmar Mendes, do Min. Cezar Peluso, do Min. Celso de Mello e do Min. Maurício Corrêa, que reforçavam a aplicação da transcendência dos motivos determinantes.⁵⁵ A Min. Carmen

⁵⁰ Pela sua relevância, vale transcrever a ementa do julgado: “(...) 4. Ausente a existência de preterição, que autorize o seqüestro, revela-se evidente a violação ao conteúdo essencial do acórdão proferido na mencionada ação direta, que possui eficácia erga omnes e efeito vinculante. A decisão do Tribunal, em substância, teve sua autoridade desrespeitada de forma a legitimar o uso do instituto da reclamação. Hipótese a justificar a transcendência sobre a parte dispositiva dos motivos que embasaram a decisão e dos princípios por ela consagrados, uma vez que os fundamentos resultantes da interpretação da Constituição devem ser observados por todos os tribunais e autoridades, contexto que contribui para a preservação e desenvolvimento da ordem constitucional. 5. Mérito. Vencimento do prazo para pagamento de precatório. Circunstância insuficiente para legitimar a determinação de seqüestro. Contrariedade à autoridade da decisão proferida na ADI 1662. Reclamação admitida e julgada procedente. (BRASIL. STF. Tribunal do Pleno, rel. Min. Maurício Corrêa, Rcl 1.987-0-DF. Brasília, 01 de outubro de 2003. Grifo nosso.)

⁵¹ “A questão fundamental é que o ato impugnado não apenas contrastou a decisão definitiva proferida na ADI 1.662, como, essencialmente, está em confronto com seus motivos determinantes” (BRASIL. STF. Tribunal do Pleno, Rcl 1.987-0-DF, rel. Min. Maurício Corrêa. Brasília, 1 de outubro de 2003.)

⁵² “Também partilho desse mesmo entendimento, vale dizer, o de que é possível reconhecer, em nosso sistema jurídico, a existência do fenômeno da “transcendência dos motivos que embasaram a decisão” emanada desta Suprema Corte em processo de fiscalização abstrata, para que se torne viável proclamar, em decorrência dessa orientação, que o efeito vinculante refere-se, igualmente, à própria “ratio decidendi”, projetando-se, em consequência, para além da parte dispositiva do julgamento que se proferiu em sede de controle normativo abstrato” (BRASIL. STF. Tribunal Pleno, Rcl 2.986-SE, rel. Min. Celso de Mello. Brasília, 12 de março de 2005, grifo nosso).

⁵³ BRASIL. STF. Primeira Turma, Rcl 5.389-AgR / PA, rel. Min. Carmen Lucia. Brasília, 20 de novembro de 2007.

⁵⁴ No caso em questão, a reclamação havia sido proposta tendo por base julgamento de outra reclamação (Rcl 2.138/DF) e, no entendimento da Relatora, tal julgamento não possuiria efeito vinculante, pelo que era incabível o manejo da reclamação. Ver: BRASIL. STF. Primeira Turma, Rcl 5.389-AgR / PA, rel. Min. Carmen Lucia. Brasília, 20 de novembro de 2007.

⁵⁵ Cite-se, aqui, as decisões colacionadas pela Min. Carmen Lucia: Rcl 2,363, Rel. Min. Gilmar Mendes, Plenário, DJ 01/04/2005; Rcl 4,692-MC, Rel. Min. Cesar Peluso, decisão monocrática, DJ 14/11/2006; Rcl 4.387-

Lucia, ainda, citou o entendimento do professor Roger Stiefelmann Leal, segundo o qual *mediante a reiteração material de atos e condutas declarados inconstitucionais, é possível constatar certa insuficiência na eficácia das decisões proferidas pelos órgãos de jurisdição constitucional e, ainda, que a limitação da autoridade da decisão apenas a sua parte dispositiva, a exemplo do que ocorre com as demais decisões jurisdicionais, não observa tais implicações*.⁵⁶

O voto reconheceu os efeitos transcendentais dos fundamentos determinantes de decisões com efeito vinculante como instrumento apto a resguardar a interpretação dada pelo Supremo às normas constitucionais e, ainda, a preservação da (i) integralidade, (ii) da força normativa e da (iii) supremacia da Constituição Federal. Parecia evidente, portanto, que a corte havia abraçado a teoria da transcendência dos motivos determinantes, ainda que por maioria. O Supremo Tribunal Federal manteve o entendimento fixado nos julgamentos acima mencionados⁵⁷ até o final de 2007, quando se localizou o último precedente neste sentido.⁵⁸ Destaca-se que, através da transcrição do julgamento da Rcl 1.987 (*leading case*), é possível observar uma preocupação dos Ministros com a porta de entrada que eventualmente se abriria a partir da admissão da teoria da transcendência dos motivos determinantes. Ao divergir do relator, o Min. Marco Aurélio entendeu não ser cabível a Rcl 1.987, pois a reclamação seria *medida excepcionalíssima* e a admissão da teoria da transcendência poderia inviabilizar os trabalhos da Corte.⁵⁹

MC, Rel. Min. Celso de Mello, decisão monocrática. DJ, 02/10/2006; Rcl 4.416-MC, Rel. Min. Celso de Mello, decisão monocrática, DJ 29/09/2006; Rcl 1.987, Rel. Min. Mauricio Correa, decisão monocrática, DJ 21/05/2004; e Rcl 2.291-MC, Rel. Min. Gilmar Mendes, decisão monocrática, DJ 01/04/2003.

⁵⁶ LEAL, Roger Stiefelmann. *O efeito vinculante na jurisdição constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 112-113.

⁵⁷ BRASIL. STF. Rcl 2.986 MC/SE, decisão monocrática, Min. Celso de Mello. Brasília, 12 de março de 2005. DJ 18 mar. 2005, p. 87; Rcl 2.363/PA, Tribunal Pleno, rel. Min. Gilmar Mendes. Brasília, 23 de outubro de 2003.

⁵⁸ Vale transcrever parte da ementa do julgamento da Rcl 4.906/PA, de relatoria do então Ministro Joaquim Barbosa: "A decisão paradigma, proferida na ADI 3.460/DF, declarou a constitucionalidade de dispositivo que regia o concurso do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios, no que tange à exigência, do Bacharel em Direito, de três anos de exercício de atividade jurídica. 2. A norma afirmada inconstitucional pelas decisões reclamadas, que regeu o concurso do Ministério Público do Estado do Pará, possui idêntico conteúdo ao daquela declarada constitucional por esta Corte na ADI 3.460/DF, razão pela qual a presente Reclamação deve ser conhecida. 3. As decisões reclamadas, ao questionarem a constitucionalidade da exigência de três anos de bacharelado dos candidatos ao cargo de promotor, reservando vaga para candidatos que não haviam obtido o grau de bacharel no triênio anterior à nomeação, efetivamente afrontaram o que foi decidido no julgamento da ADI 3.460/DF. Procedência da Reclamação nesta parte. (...). 7. Reclamação conhecida e julgada parcialmente procedente. 8. Agravos regimentais prejudicados." (BRASIL. STF. Tribunal do Pleno, Rcl 4.906-PA, rel. Min. Joaquim Barbosa. Brasília, 17 de dezembro de 2007).

⁵⁹ "Não podemos, sob pena até mesmo de inviabilizarmos os trabalhos da Corte (...) entender que o ato atacado mediante esta Reclamação, alicerçado na Emenda nº 30, emenda posterior ao ato do Tribunal Superior do Trabalho, fulminado na ADI nº 1662, cujo acórdão se diz colocando em segundo plano, desrespeitou a decisão da Corte, sob pena de partirmos, sem norma explícita a respeito, para o agasalho do princípio da transcendência." (BRASIL. STF. Tribunal Pleno, Rcl 1987, rel. Min. Mauricio Corrêa, trecho do voto do Min. Marco Aurélio. Brasília, 01 de outubro de 2003).

3.2 A refutação da transcendência pelo Supremo Tribunal Federal

Foi, então, no julgamento da Rcl 2.475-AgR/MG, em agosto de 2007, que a mudança de posicionamento se concretizou. O Min. Marco Aurelio, relator da reclamação, negou provimento à ação, concluindo que fundamentos e/ou *obiter dictum* não integram o dispositivo da decisão e, portanto, não vinculam. Em seu entender, as razões fundamentais para a declaração de inconstitucionalidade não são os *pedidos* de uma ação, pois o pedido seria pura e simplesmente a declaração de inconstitucionalidade e, dessa forma, dar efeitos vinculantes a algo que não foi pedido ao tribunal, ou seja, concluir que algo meramente *considerado* pelo tribunal constitui (tem força de) uma decisão, seria *decidir extra petita*.⁶⁰ Neste julgamento, o Ministro Gilmar Mendes proferiu extenso voto vista, vencido, que foi acompanhado pela Ministra Cármen Lúcia e pelo Ministro Celso de Mello, bem como pelo então Ministro Joaquim Barbosa.

Em 2010, o então Ministro Eros Grau ressaltou que o plenário do tribunal ainda não havia fixado entendimento no sentido de afirmar a transcendência das razões de decidir nas ações constitucionais, pelo que negou, sem maiores considerações, provimento à reclamação.⁶¹ Daí em diante a Corte foi apenas moldando o entendimento, hoje pacificado, segundo o qual são admitidas apenas reclamações que se relacionem ao mesmo dispositivo legal discutido no paradigma apontado, negando-se, desta forma, a teoria da transcendência dos motivos determinantes.⁶²

Cabe, por fim, mencionar posicionamento expressado pelo Ministro Gilmar Mendes, em voto vista proferido na Rcl 3.014/SP, em 2010, no sentido de que, ainda que não se emprestasse eficácia transcendente aos fundamentos determinantes da decisão proferida pelo STF em controle concentrado de constitucionalidade, o Tribunal, em sede de reclamação contra aplicação de lei idêntica àquela declarada inconstitucional, poderia declarar, incidentalmente, a inconstitucionalidade da lei ainda não atingida pelo juízo de inconstitucionalidade.⁶³ Para o Ministro, seria necessário que a reclamação assumisse cada vez mais o papel de ação constitucional voltada à proteção da própria ordem constitucional, sendo instrumento para realização da competência do STF de fiscalizar incidentalmente a constitucionalidade das leis e atos normativos.

⁶⁰ BRASIL. STF. Tribunal do Pleno, Ag. Reg. Rcl 2.475-0 MG, rel. Min. Marco Aurelio. Brasília, 02 de agosto de 2007.

⁶¹ BRASIL. STF. Tribunal do Pleno, Ag. Reg. Rcl 6.204/AL, rel. Min. Eros Grau. Brasília, 06 de maio de 2010.

⁶² BRASIL. STF. Tribunal Pleno, Rcl 3.294 AgR/RN, rel. Min. Dias Toffoli. Brasília, 03 de novembro de 2011. DJe 29 nov. 2011; STF. Tribunal Pleno, Rcl 9.778 AgR/RJ, rel. Min. Ricardo Lewandowski. Brasília, 26 de outubro de 2011. DJe 11 nov. 2011; STF. Tribunal Pleno, Rcl 3.014/SP, rel. Min. Ayres Britto. Brasília, 10 de março de 2010. DJe 21 maio 2010; STF. 1ª Turma, Rcl 11.478 AgR/CE, rel. Min. Marco Aurélio. Brasília, 05 de junho de 2012. DJe 21 jun. 2012; STF. 1ª Turma, Rcl 18714, rel. Min. Luis Roberto Barroso. Brasília, 02 de fevereiro de 2016; STF. Tribunal Pleno, Rcl 8168, rel. Min. Edson Fachin. DJ 29 fev. 2016; STF. Primeira Turma, Rcl 18877, rel. Min. Rosa Weber. DJ 13 ago. 2015.

⁶³ BRASIL. STF. Tribunal do Pleno, Rcl 3.014/SP rel. Min. Ayres Britto. Brasília, 10 de março de 2010. Voto vista do Min. Gilmar Mendes, fls. 13-23.

Este entendimento foi seguido pelo Ministro Ricardo Lewandowski, que, embora não tenha demonstrado aceitar a transcendência dos motivos determinantes, concluiu não ser razoável aguardar a interposição de diversos recursos extraordinários quando seria possível julgar definitivamente a controvérsia constitucional em sede de reclamação. O Ministro também ressaltou que aguardar a interposição dos recursos acarretaria desnecessária sobrecarga ao sistema judiciário e indesejável – e, em seu entender, evitável – prejuízo para os jurisdicionados.⁶⁴ Contudo, o plenário do STF, por maioria, negou provimento à reclamação, mantendo o entendimento segundo o qual a reclamação só é cabível quando se relaciona ao mesmo dispositivo legal discutido – do paradigma apontado.

Diante das razões analisadas, parece ser possível concluir que, atualmente, a maioria do Supremo Tribunal Federal refuta a teoria da transcendência dos motivos determinantes, e também o próprio efeito vinculante, por razões que não se afiguram, *prima facie*, jurídicas ou até mesmo constitucionais. Como já mencionado, tal posicionamento constitui jurisprudência defensiva,⁶⁵ que busca fechar as portas do STF para um imediato acesso à justiça, forçando os jurisdicionados a despender tempo e dinheiro (e, vale dizer, que nem todos possuem) para após a interposição de diversos recursos, chegar-se, por meio de recurso extraordinário, a uma prestação jurisdicional que poderia ser facilmente alcançada por meio da reclamação. Considerando o papel político-institucional desempenhado pelo STF,⁶⁶ parece, inclusive, ilegítimo atuar desta forma, uma vez que tal posicionamento acaba por violar preceitos constitucionais sem estar, vale dizer, homenageando outros se não o próprio fluxo de trabalho da Corte.

3.3 A ausência de demonstração das razões para a realização do *overruling*

A análise exposta no ponto anterior evidencia a ausência de *overruling*, ou seja, ausência da superação, das decisões que aceitavam a teoria da transcendência dos motivos determinantes. A argumentação despendida pelo STF limita-se a ideia de que admitir tal teoria conferiria a reclamação constitucional *contornos de incidente de uniformização de jurisprudência* e, sendo esta uma via excepcional, não caberia este tipo de manejo do instituto.⁶⁷

⁶⁴ BRASIL. STF. Tribunal do Pleno, Rcl 3.014/SP, rel. Min. Ayres Britto. Brasília, 10 de março de 2010. Voto vista do Min. Ricardo Lewandowski, fl. 59.

⁶⁵ “a prática da jurisprudência defensiva (rectius, ofensiva), que consiste na criação de entraves e pretextos excessivamente formais e burocráticos para impedir o conhecimento dos recursos especiais² que lhe são dirigidos, obstando a análise do mérito. Ocorre que a aplicação da jurisprudência defensiva, em grande parte das vezes, ignora a legislação vigente, adotando formalismos exacerbados, carentes de fundamentação legítima e tolhendo, com isso, o efetivo acesso à justiça em prol de uma ilusória celeridade” (VAUGHN, Gustavo Fávero. A jurisprudência defensiva no STJ à luz dos princípios do acesso à justiça e da celeridade processual. *Revista de Processo-RePro*, São Paulo, v. 254, n. 41, p. 339–373, abr. 2016.).

⁶⁶ BRASIL. STF. Tribunal do Pleno, Ag. Reg. Rcl 2.475-0 MG, rel. Min. Marco Aurelio. Brasília, 02 de agosto de 2007. Voto vista do Min. Gilmar Mendes, fl. 20.

⁶⁷ BRASIL. STF. Primeira Turma, Ag. Reg. Rcl 11.478/CE, rel. Min. Marco Aurelio. Brasília, 05 de junho de 2012.

O novo código de processo civil é cirúrgico quanto à necessidade de os tribunais dispenderem ampla argumentação para superação de jurisprudência ou tese firmada, em homenagem aos princípios da segurança jurídica, da proteção da confiança e da isonomia, postulados do estado de direito (art. 927, §4º, CPC). Não há regra que regulamente as justificativas para a superação do entendimento sumulado ou consagrado em precedente obrigatório.⁶⁸ Poder-se-ia, contudo, considerar que a ausência de *overruling* configura ausência de fundamentação,⁶⁹ nos termos do art. 489, §1º, do CPC.

Cabe ressaltar, ainda, não ser esta uma matéria unânime no Supremo Tribunal Federal, uma vez que alguns ministros já se manifestaram pela possibilidade da aplicação da transcendência dos motivos determinantes – nomeadamente os ministros Gilmar Mendes, Celso de Mello e Carmen Lúcia.⁷⁰ Dessa forma, com a contínua mudança da composição da Corte, não é impossível imaginar nova guinada quanto ao entendimento majoritário. Ademais, vale ressaltar que a jurisprudência do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro e do Tribunal de Justiça de São Paulo, os dois maiores tribunais do país, confirmam a eficácia vinculante das decisões proferidas no controle de constitucionalidade concentrado.⁷¹

3.4 A aproximação entre os sistemas jurídicos anglo-saxão e romano-germânico

Outro argumento que se contrapõe ao atual posicionamento do Supremo Tribunal Federal consiste na aproximação entre os dois sistemas jurídicos do mundo ocidental. As diferenças entre os sistemas jurídicos de *common law* (sistema anglo-saxão) e *civil law* (sistema romano-germânico) levaram muitos a acreditarem que o grau de vinculação aos precedentes em determinado país estaria diretamente ligado ao sistema jurídico adotado naquele, como se este respeito fosse uma mera consequência do próprio *common law*.

O instituto do *stare decisis*, contudo, desenvolveu-se a partir da verificação de que o sistema, por si só, não seria capaz de garantir isonomia a todos os seus jurisdicionados. Nas palavras de Luís Roberto Barroso, este instituto designa o fato de que “os julgados de um tri-

⁶⁸ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de direito processual civil*. v. único, 8 ed. Salvador: Ed. JusPodivm, 2016. p. 2.729.

⁶⁹ DIDIER Jr., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela*. v.2, 10 ed. Salvador: Ed. Jus Podivm, 2015. p. 344-345.

⁷⁰ MENDES, Gilmar Ferreira. *Controle abstrato de constitucionalidade: ADI, ADC e ADO*. Comentários à Lei n. 9.868/99. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 689.

⁷¹ Verificar: RIO DE JANEIRO. TJRJ. Acórdão do Órgão Especial, Des. rel. Sérgio Verani, Embargos de declaração na representação por inconstitucionalidade nº 0062538-03.2009.8.19.0000. Rio de Janeiro, 12 de abr. de 2012 e SÃO PAULO. TJSP. Acórdão da 2ª Câmara de Direito Público, Des. rel. Luciana Bresciani, Apelação nº 1015801-52.2015.8.26.0053. São Paulo, 14 de dezembro de 2015.

bunal superior vinculam todos os órgãos judiciais inferiores no âmbito da mesma jurisdição".⁷² Em verdade, o magistrado do *common law*, que jamais submeteu-se à *mítica ideia de que não poderia interpretar a lei*, não desconsiderou a possibilidade de serem proferidas decisões diferentes para casos iguais. Concluindo-se ser efetivamente indesejável para um Estado democrático de direito dar decisões desiguais a casos iguais, desenvolveu-se, ao longo do tempo, a ideia de que casos similares devem ser tratados do mesmo modo (*treat like cases alike*). Desta forma, vê-se que o *stare decisis* não se confunde com o *common law*, uma vez que o referido instituto surgiu após a criação do sistema de direito, como um aprimoramento capaz de garantir segurança às relações jurídicas.

Como defendido por Luiz Guilherme Marinoni, são muitos os fundamentos que justificam a necessidade do respeito às decisões judiciais também no *civil law*, e, dentre esses, destaca-se a aproximação entre os dois sistemas de jurisdição. Isso porque, embora o sistema de precedentes seja marca registrada do *common law*, o *stare decisis*, como dito, fundamenta-se especialmente na igualdade, na segurança e na previsibilidade. Considerando-se que tais princípios são igualmente objetivados no *civil law*, Marinoni demonstra, através de um método de análise histórico-crítico, a imprescindibilidade do respeito aos precedentes também no sistema brasileiro. Para o autor, a não receptividade ao instituto está fundada na falsa suposição - criada no *civil law* - de que a combinação resultante da lei e sua estrita aplicação seria suficiente para garantir a certeza e a segurança jurídicas, ou seja, "*a segurança jurídica seria garantida mediante a certeza jurídica advinda da subordinação do juiz à lei*".⁷³

Note-se que, embora a transcendência dos motivos determinantes e *stare decisis* não sejam a mesma coisa, ambos constituem institutos próximos, que se diferenciam na sua extensão subjetiva⁷⁴ e se aproximam quanto à finalidade buscada. Tal proximidade torna-se perceptível nas razões da já referida proposta de Emenda Constitucional nº 130/1992. Desde o primeiro momento em que se buscou implementar a teoria no Brasil, em 1992, o efeito vinculante foi destacado como necessário para maximização das garantias processuais e, conseqüentemente, da efetivação de direitos fundamentais, pois não apenas reforçaria o papel do Supremo Tribunal Federal como guardião da Carta Magna, mas também contribuiria

⁷² BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência*. 7 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 70-71.

⁷³ MARINONI, Luiz Guilherme. Aproximação crítica entre as jurisdições de 'civil law' e 'common law' e a necessidade de respeito aos precedentes no Brasil. *Revista de Processo*, São Paulo, v.34, n. 172, p. 175-232, jun., 2009.

⁷⁴ Para tal conclusão, cite-se: "O *stare decisis* se refere ao poder dos juízes, ao passo que a eficácia vinculante dos fundamentos atinge, na Alemanha, todos os órgãos do Poder Público. Note-se, entretanto, que a extensão subjetiva da eficácia vinculante constitui opção técnica, ainda que baseada em valores de Estado. Nada impede que esta eficácia seja estendida ou limitada. Enquanto na Alemanha e na Espanha a eficácia vinculante atinge todos os poderes públicos, no Brasil são vinculados apenas os órgãos judiciários e as autoridades administrativas." (SARLET, Ingo; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de direito constitucional*. 4 ed., ampl. São Paulo: Saraiva, 2015. p.1607-1608.)

para a celeridade e economia processuais diante da na medida em que, mediante a aplicação da eficácia erga omnes e do efeito vinculante, seria possível solver questões semelhantes ou idênticas a partir da decisão de um determinado caso.⁷⁵

Ao se perceber que a lei é interpretada de diversas formas e casos iguais, consequentemente, ficam sujeitos a tratamentos judiciais diferentes, deveria ter surgido, ao menos em sede doutrinária, a lógica conclusão de que a segurança jurídica deve ser garantida através do tratamento isonômico das decisões judiciais.⁷⁶

3.5 Relação da tese da transcendência dos motivos determinantes com as principais características dos direitos fundamentais: universalidade e efetividade

A expressão “direitos fundamentais” é reservada para designar, no nível do direito positivo, aquelas prerrogativas e instituições que ele concretiza em garantias de uma convivência digna, livre e igual de todas as pessoas.⁷⁷ Para José Afonso da Silva, a expressão “direitos fundamentais” indica situações jurídicas sem as quais a pessoa humana não se realiza, não convive e, às vezes, nem mesmo sobrevive, devendo, assim, não apenas serem reconhecidos, mas concreta e materialmente efetivados.⁷⁸ O constituinte, conscientemente, optou por utilizar a expressão “Direitos e garantias fundamentais” para estampar o Título II da Constituição Federal. Tal Título, afinal, é o responsável por estabelecer garantias aos cidadãos ao longo dos seus 78 artigos. Para afastar quaisquer dúvidas quanto à expansão dos direitos listados, o constituinte não se utilizou da expressão “direitos naturais”, “direitos humanos” ou, até mesmo, “direitos individuais”.

Os direitos fundamentais possuem algumas características próprias. Para a doutrina majoritária, aos direitos fundamentais são atribuídas algumas características: (a) a universalidade; (b) o caráter absoluto; (c) o caráter extrapatrimonial; (d) e a indisponibilidade.⁷⁹ Para o objeto deste trabalho, a primeira característica apresentada é a mais relevante.

De acordo com a universalidade, todos os seres humanos têm direitos fundamentais que devem ser devidamente respeitados. Não há como excluir uma parcela da população do absoluto respeito à condição de ser humano.⁸⁰ Vale dizer, é claro, que a universalidade não implica na recusa das (muitas) diferenças existentes e que precisam ser consideradas, inclusive,

⁷⁵ Projeto de Emenda à Constituição nº 130/1992, proposta pelo deputado Roberto Campos.

⁷⁶ MARINONI, Luiz Guilherme. Aproximação crítica entre as jurisdições de ‘civil law’ e ‘common law’ e a necessidade de respeito aos precedentes no Brasil. *Revista de Processo*, São Paulo, v.34, n. 172, p. 175-232, jun., 2009.

⁷⁷ SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 30 ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 180.

⁷⁸ Ibid., p.180.

⁷⁹ SARLET, Ingo; MARINORI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de direito constitucional*. 4 ed., ampl. São Paulo: Saraiva, 2015.

⁸⁰ PINHO, Rodrigo César Rebello. *Teoria geral da constituição e direitos fundamentais*. 12 ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 202.

por força do próprio princípio da igualdade e, em última instância, pelo princípio norteador da Constituição Federal: a dignidade da pessoa humana.

É possível concluir, desta forma, que o princípio da universalidade importa pressupor que a titularidade de um direito fundamental é atribuída a todas as pessoas.⁸¹ Neste sentido, cabe destacar o posicionamento de Luís Roberto Barroso, segundo o qual o intérprete das normas, ao decidir, deve – dentre outras coisas – utilizar-se de um fundamento jurídico que possa ser generalizado aos casos equiparáveis, ou seja, que tenha pretensão de universalidade, uma vez que decisões judiciais não devem ser casuísticas.⁸²

Vale dizer, ainda, que os direitos fundamentais também são dotados de outra característica diferenciada: a efetividade. Esta característica decorre da chamada *força vinculante dos direitos fundamentais*, pois tais direitos, em razão da sua posição de destaque na ordem constitucional, possuem eficácia imediata. Para Gilmar Mendes, esta posição no topo da hierarquia das normas jurídicas reforça a ideia de que os direitos fundamentais possuem uma feição objetiva, qual seja: obrigar o Estado a respeitar os direitos fundamentais e, ainda, força-lo a fazê-los respeitados pelos próprios indivíduos, nas relações privadas entre si.⁸³

Não se descuida do fato de os direitos fundamentais possuírem eficácia diferenciada nas relações privadas e públicas, uma vez que o princípio da autonomia das partes exigirá, em determinadas situações, que seja feita uma ponderação de direitos.⁸⁴ Para o poder público, que é a relação analisada precipuamente neste trabalho, a eficácia dos direitos fundamentais é imediata, de modo que não há que se considerar justo o afastamento da aplicação de direitos fundamentais em razão, por exemplo, do acervo processual que o Supremo Tribunal Federal possui.

3.6 Ausência de segurança jurídica e desrespeito ao direito à isonomia causados pela não aplicação da transcendência dos motivos determinantes

Citando Hartmut Maurer, Ingo Sarlet adota duas acepções para a segurança jurídica: a uma, ela objetiva assegurar que o Direito crie uma ordem consistente e segura, e, a duas, constitui um princípio estruturante, que determina a clareza e determinação do próprio conteúdo das normas.⁸⁵ Tal acepção também seria adotada por Canotilho que, por sua vez, considera

⁸¹ SARLET, Ingo; MARINORI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de direito constitucional*. 4 ed., ampl. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 572.

⁸² BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo, os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 354.

⁸³ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 12. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 253-254.

⁸⁴ *Ibid.*, p. 256-257.

⁸⁵ “De acordo com a lição de Hartmut Maurer, a segurança jurídica pode ser compreendida em sentido dúplice, pois, se por um lado, ela se refere à função do Direito, visando assegurar segurança por meio do Direito, no sentido de que o Direito deve criar uma ordem consistente e segura, por outro, ela forma um princípio estruturante, que diz com a clareza e determinação do próprio conteúdo das normas, de modo a assegurar a segurança do Direito.” (SARLET, Ingo; MARINORI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de direito constitucional*. 4 ed., ampl. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 451.)

que a segurança jurídica aponta, em sua dimensão objetiva, para a garantia da estabilidade de ordem jurídica, enquanto que, em uma visão subjetiva, prevê que os indivíduos possam confiar nos atos do poder público.⁸⁶

O princípio da segurança jurídica, embora não possua previsão expressa na Constituição Federal, constitui elemento essencial da noção de Estado de Direito, enquanto postulado,⁸⁷ podendo ser extraído de um conjunto de princípios e regras constitucionais, exemplificando-se a proteção da confiança (implicitamente assegurado); o ato jurídico perfeito; os direitos adquiridos; e a coisa julgada.⁸⁸ O princípio da segurança jurídica é considerado, portanto, um subprincípio do Estado de Direito,⁸⁹ que pode ser identificado em outros princípios, como: o princípio democrático; o princípio do Estado Social; o princípio da separação de poderes; o princípio da igualdade; o princípio da liberdade e, ainda; a própria dignidade da pessoa humana.

O direito à isonomia, por sua vez, estabelece a necessária igualdade perante a lei e na aplicação da lei e, diferentemente da segurança jurídica, possui expressa previsão constitucional, como se verifica no art. 5º, *caput*, da CF, que dispõe que “todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade”. Esta garantia, vale dizer, não se restringe a previsão geral feita no *caput* do referido art. 5º, pois o constituinte incluiu diversas disposições impositivas quanto ao necessário tratamento isonômico ao longo do texto constitucional, evidenciando o papel fundamental deste direito enquanto valor central da ordem jurídico-constitucional.⁹⁰

O princípio da igualdade compreende três sentidos: (a) a igualdade de todos perante a lei, que implica a afirmação da prevalência da lei; (b) a proibição de discriminação de qualquer natureza; e (c) a igualdade da própria lei, também dita como igualdade “na” lei. O seu primeiro sentido volta-se ao legislador, determinando uma proibição de tratamentos divergentes pela própria lei, o que se denomina igualdade formal. Contudo, verificada a incapacidade da lei em coibir desigualdades futuras, desenvolveu-se o sentido de igualdade material, que exige que todos que se encontram numa mesma situação recebam idêntico tratamento, ou seja, que exista igualdade na aplicação da lei.⁹¹

⁸⁶ Ibid, p. 451.

⁸⁷ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 12 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 487.

⁸⁸ SARLET; MARINORI; MITIDIERO, op. cit., p. 451.

⁸⁹ BRASIL. STF. MS 22.357, Rel. Ministro Gilmar Mendes. Brasília, 5 nov. 2004.

⁹⁰ SARLET; MARINORI; MITIDIERO, op. cit., p. 931.

⁹¹ SARLET, Ingo; MARINORI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de direito constitucional*. 4 ed., ampl. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 924-927.

A isonomia é, portanto, objeto central do próprio direito⁹² e por constituir instrumento da realização da justiça material relaciona-se, intimamente, com a segurança jurídica.⁹³ Neste sentido, a eficácia vinculante dos precedentes obrigatórios – que incluem as decisões proferidas no controle concentrado de constitucionalidade – é medida concretizadora de diversos princípios constitucionais, destacando-se, sobretudo, a segurança jurídica e a isonomia.⁹⁴ É preciso que a interpretação constitucional já definida pelo STF paute, por meio da utilização dos precedentes vinculantes, a solução dos casos iguais ou similares, pois, afinal, é dever do Estado conferir a mesma prestação jurisdicional aqueles que se encontram em uma mesma situação.⁹⁵

Sustenta-se, assim, que a jurisprudência adotada pelo STF, ao negar transcendência dos motivos determinantes, constitui verdadeira negativa aos direitos fundamentais, eis que resulta na ausência de segurança jurídica, por não exigir a aplicação da interpretação constitucional já consagrada pelo STF, e, ainda, gera desrespeito à isonomia, ao afastar a aplicação uniforme desta interpretação a todos os cidadãos.

3.7 A importância dada aos precedentes judiciais pelo novo Código de Processo Civil

Por fim, cabe ressaltar um forte argumento legal para a aplicação do efeito vinculante com a amplitude defendida neste trabalho: a larga valorização conferida aos precedentes judiciais pelo novo Código de Processo Civil brasileiro.

O autor Freddie Didier apresenta diferentes acepções possíveis para o termo precedente. Em sentido lato, esse consubstancia a decisão judicial tomada a luz de um caso concreto cujo elemento normativo pode servir como diretriz para o julgamento posterior de casos análogos, enquanto que, em sentido estrito, o precedente pode ser definido como sendo a própria *ratio decidendi*.⁹⁶

Cabe analisar, conforme mencionado pelo autor Alexandre Câmara, os dois tipos de precedentes reconhecidos pelo direito brasileiro: o precedente vinculante e o precedente não vinculante – persuasivo ou argumentativo. Precedentes vinculantes são de aplicação obrigatória, não podendo o órgão jurisdicional a ele vinculado, em casos nos quais sua eficácia vinculante se produza, deixar de aplicá-lo e decidir de forma distinta. Já os precedentes não

⁹² Ibid., p. 919.

⁹³ “Em verdade, a segurança jurídica, como subprincípio do Estado de Direito, assume valor ímpar no sistema jurídico, cabendo-lhe papel diferenciado na realização da própria ideia de justiça material.” (MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 12 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 560)

⁹⁴ GRINOVER, Ada Pellegrini. Algumas considerações sobre a constitucionalidade do precedente vinculante previsto no Código de Processo Civil. *Revista Brasileira da Advocacia – Rba*, São Paulo, ano 1, v.2. jul./set. 2016.

⁹⁵ MARINONI, Luiz Guilherme. *Incidente de resolução de demandas repetitivas: decisão de questão idêntica x precedente*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016b.

⁹⁶ DIDIER Jr, Freddie. *Curso de direito processual civil*. v. 3. Salvador: Ed. JusPodivm, 2016. p. 441-442.

vinculantes são meramente argumentativos, e não podem, ou ao menos não devem, ser ignorados pelos órgãos jurisdicionais, os quais, porém, podem decidir de modo distinto, desde que isto se faça através de um pronunciamento judicial com fundamentação específica que justifique a não aplicação do precedente. Neste sentido, conclui-se que, deparando-se o órgão jurisdicional com um precedente vinculante aplicável a algum caso concreto, não é legítimo decidir de modo diferente.⁹⁷

Erik Navarro conclui, a partir de análise econômica e comportamental do processo civil, que os custos de formação desse tipo de precedente são inferiores aos custos decorrentes da instabilidade jurídica criada pela sua ausência, evidenciando alguns elementos que compõem o chamado “cenário de tragédia” da justiça brasileira: ações que poderiam não ser propostas; necessidade de criar argumentações a cada ação repetitiva proposta; possibilidade de que pessoas em situações semelhantes recebam respostas diferentes do Poder Judiciário; refração de investimentos decorrentes dessa insegurança e falta de previsibilidade.⁹⁸

Importante destacar que, no direito processual civil brasileiro, a lei estipula quais são as decisões judiciais que terão eficácia de precedente vinculante. Assim, quando um tribunal (i) exerce o controle concentrado de constitucionalidade, (ii) decide um incidente de assunção de competência ou (iii) julga casos repetitivos, já se sabe, de antemão, que a decisão proferida será um precedente vinculante podendo-se dizer que tais pronunciamentos são *precedentes de propósito*.⁹⁹ O artigo 927 do novo CPC é o responsável por tal inovação ao estabelecer um rol de precedentes obrigatórios, que se distinguem entre si pelo seu procedimento de formação. A doutrina, inclusive, tem destacado a necessidade de os Tribunais seguirem os seus próprios precedentes para que haja sólida jurisprudência a ser sumulada, sendo este dever *um dos conteúdos dos deveres gerais de integridade e coerência*.¹⁰⁰ O art. 926, *caput*, do CPC traz comando expresso neste sentido ao determinar que *os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente*.

É inegável a possibilidade de que magistrados e Tribunais, ao decidirem casos concretos, ignorem precedentes obrigatórios aplicáveis ao caso, o que, na forma do art. 1.022, parágrafo único, I e II, CPC, poderá vir a caracterizar a decisão como omissa, desde que seja demonstrado que, *tendo conhecimento do precedente ou da lei ignorados, o magistrado ou tribunal chegaria a um*

⁹⁷ CÂMARA, Alexandre Freitas. *O novo processo civil brasileiro*. São Paulo: Atlas, 2015. p. 433.

⁹⁸ WOLKART, Erik Navarro. *Análise econômica e comportamental do processo civil: como promover a cooperação para enfrentar a tragédia da Justiça no processo civil brasileiro*. 2018. 815 p. Tese (Doutorado em Direito Processual) – Centro de Estudos e Pesquisas no Ensino do Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2018. p. 358-359.

⁹⁹ CÂMARA, op. cit., p. 434.

¹⁰⁰ “Antes mesmo de produzir e seguir a sua própria sumula, os tribunais devem seguir seus próprios precedentes, para que haja sólida jurisprudência a ser sumulada. Esse dever é um dos conteúdos dos deveres gerais de integridade e coerência.” (BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. *Teoria do precedente judicial: A justificação e a aplicação de regras jurisprudenciais*. São Paulo: Noeses, 2012. p. 388).

*resultado diverso daquele alcançado.*¹⁰¹ Caberá à parte, então, opor embargos de declaração para sanar a omissão. A legislação processual em vigor tornou-se ainda mais relevante, no que concerne à discussão acerca da aplicação da transcendência dos motivos determinantes, em razão da previsão expressa no art. 988, § 4º, do CPC.

Como visto, o *stare decisis* vertical, que vincula os tribunais inferiores às decisões dos tribunais superiores,¹⁰² foi o mecanismo criado no *common law* para evitar, ou ao menos diminuir, as distorções que poderiam ser criadas em um sistema difuso, que não impossibilita por si só a prolação de decisões conflitantes. Parece ser possível concluir que o art. 988, §4, do CPC implementou, de vez, instituto muito próximo no direito brasileiro.¹⁰³ A doutrina já ressalta que o legislador ordinário teria pacificado a discussão acerca da aplicabilidade da teoria da transcendência dos motivos determinantes ao se referir a *tese jurídica*, e não a norma jurídica, decidida concretamente pelo STF.¹⁰⁴ Desta forma, não apenas os dispositivos das decisões proferidas pelo Tribunal deveriam ser seguidos, mas também a interpretação que levou a tal decisão, ou seja, a *tese jurídica* construída, a *ratio decidendi* considerada.

Vale notar, neste sentido, decisão proferida pelo Min. Celso de Mello, em 23 de outubro de 2018, na Rcl 32.276/CE. No caso concreto, o município de Fortaleza propôs a referida reclamação alegando que o Tribunal de Justiça do Estado do Ceará teria violado *tese jurídica* firmada no julgamento de diversas ações diretas de inconstitucionalidade pelo STF. O relator, Min. Celso de Mello, negou seguimento à reclamação, concluindo que, precisamente por tratar-se de caso em que se sustenta desrespeito à autoridade de decisões do STF, os atos questionados em reclamação devem se ajustar, com exatidão e pertinência, aos julgamentos do STF invocados como paradigmas de confronto - ou seja, fazer referência ao mesmo ato normativo que foi objeto do controle de constitucionalidade concentrado.¹⁰⁵ Tal decisão está em perfeita consonância com a jurisprudência majoritária da Corte. O ponto interessante concerne no fato do Ministro ter expressamente reconhecido que a sua decisão (que negou seguimento à reclamação) estaria baseada no princípio da colegialidade, pois, na sua orientação pessoal, seria cabível a invocação, por meio da reclamação, do efeitos transcendentais da fundamentação que deu suporte ao julgamento proferido em sede de fiscalização abstrata, reconhecendo que o alcance da eficácia vinculante estender-se-ia para além da parte dispositiva do acórdão.¹⁰⁶

¹⁰¹ DIDIER Jr, Freddie. *Curso de direito processual civil*. v. 3. Salvador: Ed. JusPodivm, 2016. p. 493.

¹⁰² BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. *Stare decisis, integridade e segurança jurídica: reflexões críticas a partir da aproximação dos sistemas de common law e civil law*. 2011. Tese (Doutorado) – Centro de Ciências Jurídicas e Sociais, Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Curitiba, 2011.

¹⁰³ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Código de processo civil comentado*. 4. ed. rev., atual e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018.

¹⁰⁴ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de direito processual civil*. v. único, 8 ed. Salvador: Ed. JusPodivm, 2016. p. 2971.

¹⁰⁵ BRASIL. STF. Segunda Turma, Rcl 32.276 MC/CE, rel. Min. Celso de Mello. Brasília, 23 de outubro de 2018.

¹⁰⁶ Ibid.

Pertinente, ainda, mencionar o julgamento da ADI 4.697/DF, de relatoria do Min. Edson Fachin, em outubro de 2016. Em atenta análise do acórdão é possível verificar um princípio de mudança do posicionamento do STF acerca da teoria da transcendência dos motivos determinantes. Embora este tema não conste na ementa do julgamento e tampouco no voto do relator, o Min. Edson Fachin sugeriu, durante a sessão, que fosse estabelecida uma tese junto à declaração de inconstitucionalidade. Tal sugestão baseou-se em orientação do Min. Luís Roberto Barroso, que compreendeu que o novo CPC¹⁰⁷ definiu que a *tese* fixada no controle concentrado de constitucionalidade produz efeito vinculante – que possibilita a proposição de reclamação caso não observada –, de modo que, se a própria Corte não fixar a *tese*, essa acabará sendo fixada por outrem.¹⁰⁸ O Min. Marco Aurélio, contudo, imediatamente votou de forma contrária a fixação de tese por considerar que em processo objetivo, não cabe – como ocorre no recurso extraordinário com repercussão geral – emitir tese, pois em seu entender o direcionamento deste seria ao Legislativo, que não estaria vinculado ao pronunciamento do STF. Os ministros Luiz Fux e Luís Roberto Barroso suscitaram que a fixação da tese (i) melhoraria a prestação jurisdicional, uma vez que os acórdãos possuem vastos fundamentos, muitas vezes de difícil identificação, e (ii) auxiliaria na organização dos trabalhos da Corte, na medida em que possibilitaria negar seguimento a recursos contrários a tese fixada.

Após ressaltar a mudança de posicionamento do STF quanto à possibilidade de utilização da eficácia transcendente dos fundamentos da decisão proferida no controle concentrado de constitucionalidade, o Min. Luís Roberto Barroso expressamente consignou:

o novo Código recoloca a discussão, porque o artigo 988 diz que uma das hipóteses de cabimento da reclamação é a observância de acórdãos proferidos em ação direta de inconstitucionalidade. Aí vem, Ministro Gilmar, o § 4º e diz que as hipóteses dos incisos tal e tal, quer dizer, de cabimento de reclamação pela não observância da decisão em ADI, “compreendem a aplicação indevida da tese jurídica e sua não aplicação aos casos que a ela correspondam.” Portanto, o que produz a vinculação é a tese jurídica. Então, eu acho que nós temos que proclamá-la.

Tal proposição foi seguida de provocação do Min. Gilmar Mendes no sentido de que, diante das previsões do novo CPC, seria interessante que o STF reabrisse o debate acerca da transcendência dos motivos determinantes, o plenário, contudo, encerrou a sessão sem maiores considerações a respeito do tema.

Embora o posicionamento doutrinário aqui ressaltado, segundo o qual o legislador ordinário pacificou a aplicação da teoria da transcendência dos motivos determinantes ao ado-

¹⁰⁷ Notadamente no art. 988, §4, do CPC.

¹⁰⁸ BRASIL. STF. Tribunal Pleno, ADI 4.697/DF, rel. Min. Edson Fachin. Brasília, 06 de outubro de 2016.

tar a expressão *tese jurídica* no art. 988, §4, do CPC, e as discussões ocorridas no julgamento da ADI 4.697/DF, ainda não foi verificada mudança jurisprudencial efetiva no Supremo Tribunal Federal que aponte no mesmo sentido. Em todo caso, há de se ter em mente esta previsão, pois haverá de ser pauta da Corte, como já tem ocorrido, e, talvez, possibilitar uma revisão da jurisprudência atualmente estabelecida.

4. Conclusão

Reconhece-se que há um caminho árduo a ser percorrido para aplicação eficaz da teoria da transcendência dos motivos determinantes, porém os sucessos de sua implementação parecem valer a pena. Primeiro, é preciso que o próprio órgão colegiado se entenda quanto aos fundamentos determinantes. Nos tribunais superiores, sobretudo, cada voto assenta-se em fundamentos distintos. Mesmo em decisões por unanimidade, cada ministro, ao proferir seu voto, traz fundamentos diversos, sendo tarefa árdua - e não atingida pela ementa - unificar e identificar os fundamentos da decisão. Neste sentido, faz-se extremamente pertinente a proposição feita pelo Min. Luís Roberto Barroso no julgamento ADI 4.697, no sentido de ser adequado o Supremo Tribunal Federal passar a fixar teses ao fim dos seus julgamentos - inclusive para os processos objetivos -, identificando, de pronto, as razões fundamentais da sua decisão.

Salta aos olhos o argumento contrário à aplicação da teoria levantando pela jurisprudência do STF, no sentido de que o número de processos (reclamações) cresceria exponencialmente se aplicada a teoria da transcendência dos determinantes ao efeito vinculante, o que poderia, inclusive, *inviabilizar os trabalhos da própria Corte*. Contudo é necessário considerar que a fixação de teses e a consolidação da interpretação constitucional do Supremo Tribunal Federal favorecem o controle dos processos e recursos na origem, tornando possível a concretização, por exemplo, do comando expresso no art. 1.030, I e II, do CPC. Para além das questões formais, o fortalecimento da cultura de respeito aos precedentes (leia-se: respeito à interpretação consolidada quanto ao direito constitucional *in abstracto* ou *in concreto*) tanto pelo próprio Supremo Tribunal Federal, quanto por todos os órgãos a ele vinculados, possibilitaria uma significativa mudança na própria litigiosidade brasileira, a medida que os jurisdicionados, devidamente orientados por seus advogados, poderiam avaliar com muito mais clareza as chances de sucesso da sua demanda, evitando as aventuras jurídicas altamente estimuladas pela noção de loteria judicial já comentada. Desta forma, embora seja justa, não deve prosperar a preocupação que levou o a corte constitucional a abandonar, paulatinamente, a aplicação da teoria da transcendência dos motivos determinantes, uma vez que esta traria benefícios concretos para a saúde da justiça e auxiliaria diretamente na realização de seus grandes fins: direito à isonomia e manutenção da segurança jurídica.

Vale mencionar que não foram localizadas críticas doutrinárias ou jurisprudenciais para

além do que se considerou jurisprudência defensiva. Em todo caso, não se ignoram os argumentos levantados acerca desta vinculação quando da edição da súmula vinculante, que poderiam ser aplicados à transcendência, no sentido de que o efeito vinculante retiraria independência dos juízes e violaria o devido processo legal. É necessário lembrar que, a uma, a vinculação da instância inferior a superior existe por força da própria organização judiciária, o que por si só já demonstra que a independência dos juízes não se traduz em ausência de limites e, a duas, não haveria que se falar em qualquer violação ao devido processo legal, pois, além desta possível violação ser verificada *in casu*, a reclamação está prevista e regulamentada em lei, de modo que há, em verdade, estrito cumprimento legal. Em total respeito a separação de poderes, não há que se imaginar que o juiz irá substituir o legislador, sobretudo em razão da teoria estar fundamentada em expressas previsões constitucionais e legais inseridas pelo legislador.

Fato é que não há sentido ou racionalidade em obrigar alguém a propor uma nova ação direta de inconstitucionalidade para se livrar dos efeitos de uma lei que já foi afirmada inconstitucional pelo judiciário. A abstração da análise realizada no controle concentrado, tanto em âmbito federal quanto estadual, torna evidente que a declaração de inconstitucionalidade de uma lei significa a inconstitucionalidade de tantas outras de mesmo teor. Postura contrária viola o princípio da economia processual e, como visto, põe em risco a isonomia e a segurança jurídica. Ainda, é diametralmente oposto às garantias expostas na Carta Magna que direitos constitucionais possam ser violados apenas em razão da ausência de regulamentação específica, de modo que, neste vácuo normativo que compreende a ocorrência de novas situações fáticas e a sua recepção adequada ao direito, parece inevitável o dever do poder judiciário em mediar a situação.

Ao fim deste trabalho é possível verificar que a transcendência dos motivos determinantes constitui um instrumento apto a:

- Intensificar o papel desempenhado pelo Supremo Tribunal Federal enquanto intérprete máximo da Constituição Federal;
- Auxiliar a racionalização da justiça – tanto na entrada de processos quanto na interposição de recursos;
- Aumentar a confiança dos jurisdicionados nos órgãos judiciais e administrativos;
- Uniformizar e estabilizar o sistema judicial;
- Dar celeridade à justiça, respeitando-se o princípio da economia processual e;
- Respeitar as características dos direitos fundamentais: universalidade e efetividade; e
- Concretizar diversos direitos fundamentais, dos quais se destacam a segurança jurídica e a isonomia.

Referências

- ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Curso de direito administrativo*. 2 ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2013.
- ASSIS, Araken de. *Processo civil brasileiro*. Parte especial procedimento comum (da demanda à coisa julgada). v. III, 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. [livro eletrônico]
- BACHOF, Otto. Die Prüfungs und bundesrechtswidrigen Gesetz. *AöR* 87, 1962.
- BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. *Stare decisis, integridade e segurança jurídica: reflexões críticas a partir da aproximação dos sistemas de common law e civil law*. 2011. Tese (Doutorado) – Centro de Ciências Jurídicas e Sociais, Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Curitiba, 2011.
- BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo, os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2010.
- BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência*. 7 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2016.
- BRASIL. Emenda Constitucional nº 1, de 17 de outubro de 1969. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/emecon/1960-1969/emendaconstitucional-1-17-outubro-1969-364989-publicacaooriginal-1-pl.htm>>. Acesso em: 4 ago. 2020.
- BRASIL. Emenda constitucional nº 3, de 17 de março de 1993. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc03.htm> Acesso em: 4 ago. 2020.
- BRASIL. Proposta de emenda à Constituição (PEC) 130/1992. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=169446>>. Acesso em: 4 ago. 2020.
- BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. *Teoria do precedente judicial: A justificação e a aplicação de regras jurisprudenciais*. São Paulo: Noeses, 2012.
- CÂMARA, Alexandre Freitas. *O novo processo civil brasileiro*. São Paulo: Atlas, 2015.
- CAMPOS, Roberto. Proposta de emenda à Constituição nº 130, de 1992. *Diário do Congresso Nacional* (Seção I), Brasília, 23 set. 1992. Disponível em: <http://imagem.camara.gov.br/Imagem/d/pdf/DCD23SET1992.pdf#page=19> . Acesso em: 5 ago. 2020.
- D'ÁVILA, Michelangelo Carvalho Nabuco. Efeito vinculante no direito constitucional Brasileiro. *Revista da EJUSE*, Aracaju, n. 21, p. 45-70, 2014. (Doutrina). Disponível em: <<https://core.ac.uk/download/pdf/79125127.pdf>>. Acesso em: 30 nov. 2018.
- DIDIER JÚNIOR, Freddie. *Curso de direito processual civil*. v. 3. Salvador: Ed. JusPodivm, 2016.

DIDIER JÚNIOR, Freddie; CUNHA, Leonardo Carneiro. *Curso de direito processual civil: o processo civil nos tribunais, recursos, ações de competência originária de tribunal e querela nullitatis*, incidentes de competência originária de tribunal. 13 ed. reform. Salvador: Ed. JusPodivm, 2016. p. 556)

DIDIER JÚNIOR., Freddie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela*. v.2, 10 ed. Salvador: Ed. Jus Podivm, 2015.

DINIZ, Antonio Carlos de Almeida. A recepção do instituto de efeito vinculante pelo direito brasileiro. *Revista de Direito Constitucional e Internacional – RDCI*, [São Paulo], v. 39, p. 209–224, abr./jun. 2002.

GRINOVER, Ada Pellegrini. Algumas considerações sobre a constitucionalidade do precedente vinculante previsto no Código de Processo Civil. *Revista Brasileira da Advocacia – Rba*, São Paulo, ano 1, v.2. jul./set. 2016.

HECK, Luis Afonso. Lei sobre o Tribunal Constitucional Federal alemão: lei do Tribunal Constitucional Federal. *Revista de informação legislativa*, Brasília, v. 32, n. 127, p. 241–258, jul./set. 1995. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/176367>>. Acesso em: 07 dez. 2018.

KRIELE, Martin. *Theorie der Rechtsgewinnung: entwickelt am Problem der Verfassungssinterpretation*. 2 ed. Berlin: Duncker & Humblot, 1976.

LEAL, Roger Stiefelmann. *O efeito vinculante na jurisdição constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2006.

LEI FUNDAMENTAL da República Federal da Alemanha. Versão alemã de 23 de maio de 1949. Tradução Aachen Assis Mendonça. *Deutscher Bundestag*, Berlin, última atualização em 28 de março de 2019. Disponível em: <<https://www.btg-bestellservice.de/pdf/80208000.pdf>>. Acesso em: 07 dez. 2018.

LENZA, Pedro. *Direito constitucional esquematizado*. 16 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2012.

MACÊDO, Lucas Buril; DIDIER JÚNIOR, Freddie; FREIRE, Alexandre; PEIXOTO, Ravi (Orgs.). *Processos nos tribunais e meios de impugnação às decisões judiciais*. v. 6. Salvador: Juspodivm, 2015. (Coleção Novo CPC: Doutrina selecionada)

MARINONI, Luiz Guilherme. Aproximação crítica entre as jurisdições de ‘civil law’ e ‘common law’ e a necessidade de respeito aos precedentes no Brasil. *Revista de Processo*, São Paulo, v.34, n. 172, p. 175–232, jun. 2009.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. 5 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016a.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Incidente de resolução de demandas repetitivas*: decisão de questão idêntica x precedente. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016b. [livro eletrônico]

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Código de processo civil comentado*. 4. ed. rev., atual e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018. [livro eletrônico]

MARTINS, Leonardo. *Tribunal Constitucional Federal alemão*: decisões anotadas sobre direitos fundamentais. Liberdade de consciência e crença; liberdades de expressão e de comunicação social; liberdades artística e científica. v. 2. São Paulo: Fundação Konrad Adenauer, 2018.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Controle abstrato de constitucionalidade*: ADI, ADC e ADO. Comentários à Lei n. 9.868/99. São Paulo: Saraiva, 2012.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 12. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2017.

MESQUITA, Rodrigo Octávio de Godoy Bueno Caldas. Eficácia contra todos e efeito vinculante das decisões definitivas de mérito proferidas pelo Supremo Tribunal Federal em arguição de descumprimento de preceito fundamental decorrente da Constituição. *Revista de Direito Constitucional e Internacional - RDCI*, [São Paulo], v. 68, p. 258–286, jul./set. 2009.

NETO, Francisco de Barros e Silva. A conciliação em causas repetitivas e a garantia de tratamento isonômico na aplicação das normas. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 40, n. 240, p. 267–277, fev. 2015.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de direito processual civil*. v. único, 8. ed. Salvador: Ed. JusPodivm, 2016.

OLIVEIRA, Guilherme Peres. A Súmula 456 do STF. Histórico e tendências jurisprudenciais atuais: STJ e STF. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 33, n. 163, p. 282–286, set. 2008.

PINHO, Rodrigo César Rebello *Teoria geral da constituição e direitos fundamentais*. 12 ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

SARLET, Ingo; MARINORI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de direito constitucional*. 4 ed., ampl. São Paulo: Saraiva, 2015.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 30 ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros, 2008.

SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Sentença e coisa julgada*: ensaios e pareceres. 4 ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*: Teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento e procedimento comum. v. III, 47 ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

VAUGHN, Gustavo Fávero. A jurisprudência defensiva no STJ à luz dos princípios do acesso à justiça e da celeridade processual. *Revista de Processo - RePro*, São Paulo, v. 254, n. 41, p. 339–373, abr. 2016.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; DANTAS, Bruno. *Recurso especial, recurso extraordinário e a nova função dos tribunais superiores no direito brasileiro*: de acordo com o CPC de 2015 e a lei 13.256/16). São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. [livro eletrônico]

WOLKART, Erik Navarro. *Análise econômica e comportamental do processo civil: como promover a cooperação para enfrentar a tragédia da Justiça no processo civil brasileiro*. 2018. 815 p. Tese (Doutorado em Direito Processual) – Centro de Estudos e Pesquisas no Ensino do Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2018.

Documentos Jurídicos

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). MS 22.357, Rel. Ministro Gilmar Mendes. Brasília, 5 de novembro de 2004.

_____. STF. Tribunal Pleno, Representação 1.016-3, rel. Min. Moreira Alves. Brasília, 20 de setembro de 1979.

_____. STF. Tribunal Pleno, rel. Min. Maurício Corrêa, Rcl 1.987-0-DF. Brasília, 01 de outubro de 2003. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=87272>>. Acesso em: 4 ago. 2020.

_____. STF. Rcl 2.363/PA, Tribunal Pleno, rel. Min. Gilmar Mendes. Brasília, 23 de outubro de 2003.

_____. STF. Tribunal Pleno, Ag. Reg. Rcl 2.475-0 MG, rel. Min. Marco Aurelio. Brasília, 02 de agosto de 2007.

_____. STF. Tribunal Pleno. Rel. Min. Cezar Peluso. AgRg Rcl 2.617/MG. Brasília, 23 de fevereiro de 2005.

_____. STF. Rcl 2.986 MC/SE, decisão monocrática, Min. Celso de Mello. Brasília, 12 de março de 2005.

_____. STF. Tribunal do Pleno, Rcl 3.014/SP, rel. Min. Ayres Britto. Brasília, 10 de março de 2010.

_____. STF. Tribunal Pleno, Rcl 3.294 AgR/RN, rel. Min. Dias Toffoli. Brasília, 03 de novembro de 2011.

_____. STF. Tribunal Pleno, Rcl 4.448-3 RS, rel. Min. Ricardo Lewandowski. Brasília, 25.06.2007.

_____. STF. Tribunal do Pleno, Rcl 4.906-PA, rel. Min. Joaquim Barbosa. Brasília, 17 de dezembro de 2007.

_____. STF. Primeira Turma, Rcl 5.389-AgR / PA, rel. Min. Carmen Lucia. Brasília, 20 de novembro de 2007. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=502958>>. Acesso em: 4 ago. 2020.

_____. STF. Tribunal do Pleno, Ag. Reg. Rcl 6.204/AL, rel. Min. Eros Grau. Brasília, 06 de maio de 2010.

_____. STF. Tribunal Pleno, Rcl 8.168, rel. Min. Edson Fachin. Brasília, 29 de fevereiro de 2016.

_____. STF. Tribunal Pleno, Rcl 9.778 AgR/RJ, rel. Min. Ricardo Lewandowski. Brasília, 26 de outubro de 2011.

_____. STF. Primeira Turma, Ag. Reg. Rcl 11.478/CE, rel. Min. Marco Aurelio. Brasília, 05 de junho de 2012.

_____. STF. Primeira Turma, Ag. Reg. Rcl 11.478/CE, rel. Min. Marco Aurélio. Brasília, 05 de junho de 2012.

_____. STF. Primeira Turma, Rcl 18.714, rel. Min. Luis Roberto Barroso. Brasília, 02 de fevereiro de 2016.

_____. STF. Primeira Turma, Rcl 18.877, rel. Min. Rosa Weber. Brasília, 13.08.2015.

_____. STF. Segunda Turma, Rcl 32.276 MC/CE, rel. Min. Celso de Mello. Brasília, 23 de outubro de 2018.

_____. STF. Tribunal Pleno, ADI 4.697/DF, rel. Min. Edson Fachin. Brasília, 06 de outubro de 2016.

_____. STF. Tribunal Pleno, ADPF nº 33, rel. Min. Gilmar Mendes. Brasília, 30 de agosto de 2004.

RIODEJANEIRO. TJRJ. Órgão Especial, EDs na ADI nº 0062538-03.2009.8.19.0000, Des. Rel. Sérgio Verani. Rio de Janeiro, 12 de abril de 2012.

SÃO PAULO. TJSP. 2ª Câmara de Direito Público, Apelação nº 1015801-52.2015.8.26.0053, Des. Rel. Luciana Bresciani. São Paulo, 14 de dezembro de 2015.

Capítulo 16

Sanções Punitivas e Coercitivas na Execução de Decisões Judiciais que Impõe à Fazenda Pública Prestações da Saúde

Arnaldo Goldemberg

Resumo

O texto descreve as consequências do descumprimento do dever primário do agente público pelo não fornecimento de medicamentos e insumos, inclusive quando determinado em sede de tutela de urgência ou cumprimento de sentença exigindo a aplicação de sanções punitivas e coercitivas na execução de decisões judiciais em face da Fazenda Pública, analisando, diante do princípio da máxima efetividade, a eficácia de medidas consistentes em busca e apreensão, sequestro de verbas públicas existentes em contas bancárias e astreintes, caracterizadas pela aplicação de multa cominatória incidente à Fazenda Pública e multa pessoal que recaia sobre o administrador público. Analisa ainda a possível falta de representatividade pela advocacia pública para promover a defesa pessoal do agente público. Em seu contexto, busca o autor demonstrar que vem ocorrendo a sistemática substituição do papel do Poder Executivo, que, por não ter cumprido suas funções primárias, acaba por transferir seus deveres para o Judiciário, em verdadeiro ativismo judicial “provocado”.

Palavras-chave

Execução judicial de prestações da saúde, descumprimento do dever primário do agente público, sanções punitivas e coercitivas.

Sumário

1. Introdução
2. A Fazenda Pública e o descumprimento dos deveres primários referentes às prestações da saúde pública. A judicialização com a imposição de sanções processuais
3. O Poder Judiciário sendo uma plataforma de substituição das funções públicas descumpridas pelo Poder Executivo. Desobediência reiterada das ordens judiciais que tem a feição de ofensa à dignidade da Justiça. Necessidade de fazer incidir a multa pessoal sobre os agentes públicos. Aplicação do preceito *contempt of court*
4. Atuação da Advocacia Pública
 - 4.1 Impossibilidade de a defesa do agente público ser feita pela Advocacia Pública na hipótese de *contempt of court*
 - 4.2 Judicialização exacerbada e Jurisdição Administrativa
 - 4.3 Fase negocial prévia e prévio requerimento administrativo
5. Considerações finais

*Texto apresentado em julho de 2019 no âmbito do “II Seminário PPGD–UNESA, Justiça Administrati-va” como trabalho final da disciplina “Justiça Administrativa no Estado Contemporâneo”, ministrada pelo Prof. Dr. Ricardo Perlingeiro, do PPGD–UNESA, do Curso de Doutorado em Direito.

1. Introdução

Este texto discorre sobre as sanções punitivas e coercitivas na execução de decisões judiciais em face da Fazenda Pública, tendo como ponto de partida o cumprimento daquelas que determinam ao Poder Público o cumprimento de obrigações de fazer (ou não fazer) e entrega de coisa certa.

Mais especificamente, o autor do texto trata das questões judiciais mais comuns em tramitação nos juízos fazendários, relacionadas às ações cujo objeto seja a concessão de prestações de saúde pública para os cidadãos, tais como: internações, tratamentos médicos e, sobretudo, entrega de medicamentos e insumos.

Em vista dos reiterados descumprimentos pela Administração Pública – impossibilitada ou frustrada a busca e apreensão na entrega da(s) coisa(s) indicada(s) – as decisões judiciais impõem sanção punitiva e coercitiva consistente em multa à Fazenda Pública, fundada nos artigos 536, § 1º e 537 do CPC.

Este texto debate a baixa pertinência e a pouca efetividade da multa que onera a Fazenda Pública e é revertida em favor do autor da ação, em razão da perda do seu caráter coercitivo, cujo pagamento sujeitará o ônus ao caixa do Tesouro.

A aplicação da multa à Fazenda Pública como sanção punitiva, ao invés de afetar o agente que causa o descumprimento e impor que pague por sua falha, acaba imputando o ônus ao Erário e, de modo reflexo, a toda sociedade que paga pela ineficiência do serviço da saúde pública.

Sob outra visada, o Código de Processo Civil de 2015 trouxe, no art. 139, IV, uma cláusula geral para efetivação das ordens judiciais por meio de medidas atípicas, visando combater a crise do cumprimento de decisões, em que, muitas vezes, não se consegue de forma eficaz compelir o devedor à satisfação do julgado.

Contudo, a solução do arresto ou sequestro de verbas públicas pelo sistema do bloqueio *BACENJUD* não tem se mostrado como a mais pertinente, embora constitua meio para aquisição de medicamentos e insumos para o jurisdicionado.

Ao invés do próprio agente da Administração Pública se empenhar em comprar os medicamentos e insumos para fornecer diretamente ao cidadão, tal tarefa deslocou-se do âmbito do Executivo para o Judiciário, que procede com o bloqueio de verbas públicas, mandado de pagamento, compra dos fármacos e/ou insumos e entrega ao autor da demanda, o qual posteriormente presta contas no processo.

A aquisição ocorre sem o processo licitatório da Lei nº 8.666/93, uma vez que a verba pública sequestrada é disponibilizada para que o autor/exequente adquira os medicamentos e/ou insumos pelo menor dentre os orçamentos que juntar aos autos do processo, sendo tudo controlado e comandado pelo juiz.

Todos os procedimentos acabam sendo adotados pelo Judiciário em substituição às funções públicas do Executivo que, por não cumprir suas funções primárias, acaba transferindo seus poderes para aquele Poder, em verdadeiro ativismo judicial reflexamente “provocado”.

Com esta vertente, o texto aborda que o princípio da máxima efetividade do processo levanta a necessidade de que a sanção punitiva e coercitiva exige a imposição de multa pessoal ao Secretário de Saúde (ou ao próprio Ministro da Saúde, no caso da União) destinatário da ordem judicial, com fundamento no art. 77, *caput*, IV, §§ 1º a 5º do CPC, como meio de dar eficácia ao cumprimento das decisões judiciais.

Sustenta-se que não há ilegalidade na aplicação da multa pessoal ao agente da Administração Pública responsável pelo cumprimento da ordem judicial, pois sendo objeto de tutela o direito fundamental à saúde, intimamente relacionado ao direito à vida e à dignidade humana, de matriz constitucional, não se pode permitir o descumprimento injustificado de decisões judiciais pelo ente público.

Assim, o objetivo deste estudo é demonstrar os contornos das sanções punitivas e coercitivas na execução de decisões judiciais contra a Fazenda Pública, com considerações críticas e propositivas.

2. A Fazenda Pública e o descumprimento dos deveres primários referentes às prestações da saúde pública. A judicialização com a imposição de sanções processuais

São reiterados os não atendimentos pelo Poder Público quanto ao fornecimento de inúmeros medicamentos e/ou insumos, ou ainda, quanto à obrigação de fazer consistente em internação e tratamentos médicos, por falta de vagas, destinados às pessoas hipossuficientes dependentes da saúde pública, sem que sejam atendidas por suas demandas, inclusive em sede de tentativa de consenso por iniciativa da Defensoria Pública dos Estados ou da União, em seus ofícios de requisição e de solicitação de atendimento direcionados aos órgãos competentes.

Temas quanto à eventual obrigatoriedade de prévia submissão da demanda à fase negocial, ou ainda, o prévio requerimento administrativo como pressuposto de interesse em agir na demanda, assim como a instalação de Jurisdição Administrativa, ainda serão tratados mais adiante, no item III deste estudo, razão pela qual, neste momento, busca-se abordar as consequências presentes da inadimplência na satisfação das prestações da saúde pública às pessoas que delas necessitam.

O descumprimento do dever primário do agente público pelo não fornecimento de medicamentos, insumos e internações e tratamentos afasta o direito à saúde e ofende diretamente à Constituição da República Federativa do Brasil.

O direito à saúde é estabelecido pelo artigo 196 da Constituição Federal como (1) direito de todos e (2) dever do Estado, (3) garantido mediante políticas sociais e econômicas (4)

que visem à redução do risco de doenças e de outros agravos, (5) regido pelo princípio do acesso universal e igualitário (6) às ações e serviços para a sua promoção, proteção e recuperação.¹

Os postulados da saúde pública têm fundamento infraconstitucional da Lei nº 8.080/90² que prevê a “integralidade da assistência”.

Art. 6º – Estão incluídas ainda no campo de atuação do Sistema Único de Saúde (SUS): [...]

d) de assistência terapêutica integral, inclusive farmacêutica; [...]

Art. 7º As ações e serviços públicos de saúde e os serviços privados contratados ou conveniados que integram o Sistema Único de Saúde (SUS), são desenvolvidos de acordo com as diretrizes previstas no art. 198 da Constituição Federal, obedecendo ainda aos seguintes princípios: [...]

II – integralidade de assistência, entendida como conjunto articulado e contínuo das ações e serviços preventivos e curativos, individuais e coletivos, exigidos para cada caso em todos os níveis de complexidade do sistema.

Diante da frustração das legítimas expectativas das pessoas enfermas e vulneráveis, a busca pela Defensoria Pública para o acesso à justiça através da judicialização é o único caminho que lhes resta, embora árduo, sendo o meio disponível e remanescente, com suas regras, filas, documentos, petições, protocolos, salas de espera, burocracia, hierarquias e deferências para suprir as necessidades ligadas à saúde.

O ajuizamento de processos que visam à obtenção de prestações da saúde pública cunhou a expressão “judicialização da saúde”, seja no âmbito de ações individuais ou coletivas que tenham por objeto a formulação de pedidos de medicamentos, insumos e serviços não atendidos diretamente pela Administração Pública.

Contudo, não são suficientes as determinações ordinárias do Poder Judiciário. Os agentes da Administração Pública, quando recebem ordens judiciais simples, consistentes em intimações para o fornecimento de medicamentos e/ou insumos, ou ainda internações e tratamentos, a par de serem determinações em sede de tutela provisória ou cumprimento de sentença, insistem em manter o descumprimento do dever legal.

Daí porque este estudo analisa os contornos da aplicação de sanções punitivas e coercitivas no âmbito da execução de decisões judiciais em face da Fazenda Pública quanto às prestações da saúde, analisando a eficácia das medidas consistentes em busca e apreensão,

¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Plenário. Repercussão Geral no Recurso Extraordinário nº 855.178 Sergipe. Relator: Min. Luiz Fux. Brasília, 5 de março de 2015. Publicado em: 16 mar. 2015.

² BRASIL. Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990. Dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 20 set. 1990.

sequestro (*mutatis mutandi*: arresto) de verbas públicas pelo sistema BACENJUD³, aplicação de astreintes, seja multa cominatória de natureza processual ou multa de natureza pessoal que recaia sobre o administrador público – *contempt of court* –, tudo diante do princípio da máxima efetividade do processo.

O direito à vida é direito fundamental assegurado na Constituição Federal, lei máxima respaldada no mais importante princípio da dignidade da pessoa humana, e a negativa de prestações da saúde tais como o fornecimento de medicamentos e/ou insumos ou ainda internações e tratamentos, que afeta muitas vezes a saúde da pessoa em momento tão crítico, afronta o dever constitucional de garantia à saúde aos pacientes necessitados, constituindo violação ao artigo 196 da CRFB que estabelece que “a saúde é direito de todos e dever do Estado, garantindo mediante políticas sociais e econômicas que visem a redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação”.⁴

Conforme dispõem os artigos 196 e 197 da CRFB, é responsabilidade do Poder Executivo dos entes estatais, promover por meios de suas políticas públicas as condições necessárias para salvaguardar todas as prestações necessárias e indispensáveis à manutenção da saúde do hipossuficiente, colocando à sua disposição **ações e serviços de saúde**⁵, com o acesso universal e o atendimento integral às pessoas necessitadas, o que importa na concessão de medicamentos gratuitos até internação em Unidades de Tratamento Intensivo.

Não há dúvida de que a situação das pessoas hipossuficientes fica extremamente agravada pelo descaso da Administração Pública em providenciar os medicamentos necessários à manutenção de sua saúde, em claro descumprimento ao seu dever constitucional da prestação indispensável de saúde pública.

Importante pontuar que em certos casos ocorre a exacerbação de enfermidades e de seus sintomas, quando o medicamento necessário é de uso contínuo e primordial para a manutenção da saúde do paciente.

Assim, a circunstância pela qual passam os hipossuficientes que precisam recorrer à tutela jurisdicional para receber o mínimo necessário ao tratamento de sua saúde exige a aplicação de sanções e modos coercitivos eficazes para compelir os agentes da Administração Pública a dar efetivo cumprimento às decisões judiciais cuja recalcitrância causa prejuízos à saúde, sofrimento, angústia e, a depender da gravidade da moléstia, pode levar o doente à morte.

³ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. BacenJud é um sistema que interliga a Justiça ao Banco Central e as instituições bancárias, para agilizar a solicitação de informações e o envio de ordens judiciais ao Sistema Financeiro Nacional, Brasília, [s.d.].

⁴ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Presidência da República.

⁵ Art. 197 da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. São de relevância pública as **ações e serviços de saúde**, cabendo ao Poder Público dispor, nos termos da lei, sobre sua regulamentação, fiscalização e controle, devendo sua execução ser feita diretamente ou através de terceiros e, também, por pessoa física ou jurídica de direito privado. BRASIL, 1988, loc. cit.

Liebman⁶ propôs que quando a execução fosse feita para satisfazer obrigação de entregar coisas devidas em espécie ou genéricas, mas diferentes de dinheiro, o problema se resolve procurando inicialmente a coisa no patrimônio do executado, para apreendê-la e entregá-la ao exequente; em caso contrário, procede-se pela forma subsidiária tendo por objeto o valor da coisa e as perdas e danos, realizando-se a execução pela quantia que permitirá ao exequente adquirir as coisas que constituíam objeto da execução.

Couture⁷ expressou que a coação de caráter material, de natureza que consistiria em postar a força junto ao obrigado, substitui-se por uma coação de caráter pecuniária, comumente arbitrária quanto ao seu montante e desproporcionada ao valor da obrigação principal, indicando que esta forma especial de compulsão fosse designada com a palavra francesa *astreinte*.

É certo que as medidas para o cumprimento da obrigação de fazer a entrega do medicamento/insumo segundo o regramento dos artigos 497, 498 e 536, § 1º, do Código de Processo Civil não são taxativas, podendo ser determinada a busca e apreensão, o sequestro de verbas públicas (*mutatis mutandi*: arresto) pelo bloqueio BACENJUD ou outra medida necessária, ainda que não especificada⁸:

CPC, Art. 497. Na ação que tenha por objeto a prestação de fazer ou de não fazer, o juiz, se procedente o pedido, concederá a tutela específica ou determinará providências que assegurem a obtenção de tutela pelo resultado prático equivalente. Parágrafo único. Para a concessão da tutela específica destinada a inibir a prática, a reiteração ou a continuação de um ilícito, ou a sua remoção, é irrelevante a demonstração da ocorrência de dano ou da existência de culpa ou dolo.

Art. 498. Na ação que tenha por objeto a entrega de coisa, o juiz, ao conceder a tutela específica, fixará o prazo para o cumprimento da obrigação.

Parágrafo único. Tratando-se de entrega de coisa determinada pelo gênero e pela quantidade, o autor individualizá-la-á na petição inicial, se lhe couber a escolha, ou, se a escolha couber ao réu, este a entregará individualizada, no prazo fixado pelo juiz.

[...]

Art. 536. No cumprimento de sentença que reconheça a exigibilidade de obrigação de fazer ou de não fazer, o juiz poderá, de ofício ou a requerimento, para a efetivação da tutela específica ou a obtenção de tutela pelo resultado prático equivalente, determinar as medidas necessárias à satisfação do exequente.

⁶ LIEBMAN, Enrico Tullio. *Processo de Execução*. São Paulo: Saraiva, 1963. p. 153; 155.

⁷ COUTURE, Eduardo Juan. *Fundamentos do direito processual civil*. Tradução Benedicto Giacobini. Campinas, SP: Red Livros, 1999.

⁸ BRASIL. Código de Processo Civil. Brasília, DF: Presidência da República, 2015.

§ 1º Para atender ao disposto no caput, o juiz poderá determinar, entre outras medidas, a imposição de multa, a busca e apreensão, a remoção de pessoas e coisas, o desfazimento de obras e o impedimento de atividade nociva, podendo, caso necessário, requisitar o auxílio de força policial.

Todavia, as medidas de simples intimação e de busca e apreensão dos medicamentos/insumos não têm se mostrado eficazes, em razão da inexistência de estoques substanciais e variados nas quantidades dos fármacos e produtos de saúde que atendam às necessidades da população a ser assistida.

Sob outra visada, o Código de Processo Civil de 2015 trouxe no art. 139, IV, uma *cláusula geral para efetivação das ordens judiciais por meio de medidas atípicas*, visando combater a crise do cumprimento de decisões, em que, muitas vezes, não se consegue de forma eficaz compelir o devedor à satisfação do julgado.

Art. 139. O juiz dirigirá o processo conforme as disposições deste Código, incumbindo-lhe:

IV - determinar todas as medidas indutivas, coercitivas, mandamentais ou sub-rogatórias necessárias para assegurar o cumprimento de ordem judicial, inclusive nas ações que tenham por objeto prestação pecuniária;

Dentro desse contexto, além das medidas típicas e atípicas previstas, a imposição de multa decorre da incidência do art. 537, *caput*, do Código de Processo Civil⁹:

CPC, Art. 537. A multa independe de requerimento da parte e poderá ser aplicada na fase de conhecimento, em tutela provisória ou na sentença, ou na fase de execução, desde que seja suficiente e compatível com a obrigação e que se determine prazo razoável para cumprimento do preceito.

Fundamenta-se que sem a multa, o ente público simplesmente descumpre a ordem emanada pela autoridade judiciária e aguarda comodamente a sobrevivência de eventual nova medida judicial de busca e apreensão (a ser novamente descumprida) e/ou bloqueio BACENJUD, procrastinando o cumprimento da ordem anterior, o que leva inexoravelmente ao descrédito do Poder Judiciário perante os jurisdicionados.

Exsurge, destarte, a necessidade de se coagir a Fazenda Pública ao cumprimento das decisões, o que, segundo a jurisprudência firmada no Superior Tribunal de Justiça por meio de julgamento representativo de controvérsia no Recurso Especial nº 1.474.665 – RS¹⁰, pode

⁹ BRASIL. Código de Processo Civil. Brasília, DF: Presidência da República, 2015.

¹⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Primeira Seção. Julgamento Representativo de Controvérsia no Recurso Especial nº 1.474.665 - RS (2014/0207479-7). Relator: Ministro Benedito Gonçalves. *Amicus Curiae*: União. Brasília, 26 de abril de 2017.

ser feito mediante aplicação de multa processual, com efeito coercitivo, o que asseguraria o caráter punitivo da medida.

PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ART. 543-C DO CPC/1973. AÇÃO ORDINÁRIA DE OBRIGAÇÃO DE FAZER. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO PARA O TRATAMENTO DE MOLÉSTIA. IMPOSIÇÃO DE MULTA DIÁRIA (*ASTREINTES*) COMO MEIO DE COMPELIR O DEVEDOR A ADIMPLIR A OBRIGAÇÃO. FAZENDA PÚBLICA. POSSIBILIDADE. INTERPRETAÇÃO DO CONTEÚDO NORMATIVO INSERTO NO § 5º DO ART. 461 DO CPC/1973. DIREITO À SAÚDE E À VIDA. 1. Para os fins de aplicação do art. 543-C do CPC/1973, é mister delimitar o âmbito da tese a ser sufragada neste recurso especial representativo de controvérsia: possibilidade de imposição de multa diária (*astreintes*) a ente público, para compeli-lo a fornecer medicamento à pessoa desprovida de recursos financeiros. **2.** A função das *astreintes* é justamente no sentido de superar a recalcitrância do devedor em cumprir a obrigação de fazer ou de não fazer que lhe foi imposta, incidindo esse ônus a partir da ciência do obrigado e da sua negativa de adimplir a obrigação voluntariamente. **3.** A particularidade de impor obrigação de fazer ou de não fazer à Fazenda Pública não ostenta a propriedade de mitigar, em caso de descumprimento, a sanção de pagar multa diária, conforme prescreve o § 5º do art. 461 do CPC/1973. E, em se tratando do direito à saúde, com maior razão deve ser aplicado, em desfavor do ente público devedor, o preceito cominatório, sob pena de ser subvertida garantia fundamental. Em outras palavras, é o direito-meio que assegura o bem maior: a vida. Precedentes: AgRg no AREsp 283.130/MS, Relator Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Primeira Turma, DJe 8/4/2014; REsp 1.062.564/RS, Relator Ministro Castro Meira, Segunda Turma, DJ de 23/10/2008; REsp 1.062.564/RS, Relator Ministro Castro Meira, Segunda Turma, DJ de 23/10/2008; REsp 1.063.902/SC, Relator Ministro Francisco Falcão, Primeira Turma, DJ de 1/9/2008; e AgRg no REsp 963.416/RS, Relatora Ministra Denise Arruda, Primeira Turma, DJ de 11/6/2008. **4.** À luz do § 5º do art. 461 do CPC/1973, a recalcitrância do devedor permite ao juiz que, diante do caso concreto, adote qualquer medida que se revele necessária à satisfação do bem da vida almejado pelo jurisdicionado. Trata-se do "poder geral de efetivação", concedido ao juiz para dotar de efetividade as suas decisões. **5.** A eventual exorbitância na fixação do valor das *astreintes* aciona mecanismo de proteção ao devedor: como a cominação de multa para o cumprimento

de obrigação de fazer ou de não fazer tão somente constitui método de coerção, obviamente não faz coisa julgada material, e pode, a requerimento da parte ou *ex officio* pelo magistrado, ser reduzida ou até mesmo suprimida, nesta última hipótese, caso a sua imposição não se mostrar mais necessária. Precedentes: AgRg no AgRg no AREsp 596.562/RJ, Relator Ministro Moura Ribeiro, Terceira Turma, DJe 24/8/2015; e AgRg no REsp 1.491.088/SP, Relator Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Terceira Turma, DJe 12/5/2015. 6. No caso em foco, autora, ora recorrente, requer a condenação do Estado do Rio Grande do Sul na obrigação de fornecer (fazer) o medicamento Lumigan, 0,03%, de uso contínuo, para o tratamento de glaucoma primário de ângulo aberto (C.I.D. H 40.1). Logo, é mister acolher a pretensão recursal, a fim de restabelecer a multa imposta pelo Juízo de primeiro grau (fls. 51-53). 7. **Recurso especial conhecido e provido, para declarar a possibilidade de imposição de multa diária à Fazenda Pública. Acórdão submetido à sistemática do § 7º do artigo 543-C do Código de Processo Civil de 1973 e dos arts. 5º, II, e 6º, da Resolução STJ n. 08/2008.**

A aplicação da multa diária processual tem fundamento como uma das formas coercitivas de compelir o ente estatal ao cumprimento do dever constitucional de prestação de saúde. Nesse ponto, necessário buscar o conceito da coercitividade da multa. Segundo Didier Jr.¹¹:

A multa é uma medida coercitiva que pode ser imposta, de ofício ou a requerimento, no intuito de compelir alguém ao cumprimento de uma prestação. Trata-se de técnica de coerção indireta em tudo semelhante às astreintes do direito francês. Por ser uma medida coercitiva indireta, a multa está relacionada com as decisões mandamentais. Ela é, talvez, a principal, porque mais difundida, medida de coerção indireta, mas não é a única. [...] A multa tem caráter acessório: ela existe para coagir, para convencer o devedor a cumprir a prestação. Justamente por isso, não pode ser irrisória, devendo ser fixada num valor tal que possa gerar no íntimo do devedor o temor do descumprimento.

Quanto à finalidade coercitiva da multa, Amaral¹² assevera que esta visa à pressão psicológica, a fim de que o devedor evite a excussão dos seus bens particulares: “a violência que as astreintes exercem naturalmente sobre o réu, como medida coercitiva, é de caráter psicológico e, portanto, não contra seus bens, mas contra a pessoa do devedor”.

Conforme já assestava Liebman¹³, as obrigações de fazer ou não fazer exigiam esforços para encontrar medidas coativas tendentes a induzir o devedor a cumpri-las voluntariamente,

¹¹ DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*. v. 5. Salvador: Editora Jus Podivm, 2012. p. 451.

¹² AMARAL, Guilherme Rizzo. *As astreintes no Processo Civil Brasileiro – multa do Artigo 461 do CPC e outras*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. p. 69.

¹³ LIEBMAN, Enrico Tullio. *Processo de Execução*. São Paulo: Saraiva, 1963.

sob a ameaça de pesadas sanções. É o que fez a jurisprudência francesa com o sistema das *astreintes* com a condenação pecuniária por dia de atraso (ou por qualquer unidade de tempo), sendo antes uma pena imposta com caráter cominatório para o caso em que o obrigado não cumpra a obrigação no prazo fixado pelo juiz.

Chamam-se ‘astreintes’ a condenação pecuniária proferida em razão de tanto por dia de atraso (ou qualquer unidade de tempo, conforme as circunstâncias), destinada a obter do devedor o cumprimento da obrigação de fazer pela ameaça de uma pena suscetível de aumentar indefinidamente.

[...]

Caracterizam-se as ‘astreintes’ pelo exagero da quantia em que se faz a condenação, que não corresponde ao prejuízo real causado ao credor pelo inadimplemento, nem depende da existência de tal prejuízo. Constitui na realidade uma pena imposta com a finalidade cominatória, tendo como objetivo primeiro o cumprimento da obrigação no prazo fixado pelo juiz.¹⁴

Prossegue pontuando que no direito inglês se conseguem resultados análogos por meio de severas sanções para o *contempt of court*¹⁵, ou seja, o desrespeito à autoridade do juiz ou Tribunal que proferiu a sentença. Refere ainda que no direito alemão consta previsão de multas pecuniárias, sem limites de importância, e prisão de até seis meses (§ 888 da ZPO).¹⁶

A aplicação da multa em cumprimento de sentença ou em tutela provisória se mostra plenamente cabível, para além da previsão na lei processual, pois não se pode cogitar razoabilidade no descumprimento da obrigação, sobretudo em razão da essencialidade e premência sempre existentes no tratamento de saúde da pessoa doente.

Assim é que se justifica a imposição de multa de valor razoável e suficiente ao cumprimento da obrigação, independentemente do valor dos medicamentos/insumos ou do custo da internação ou do tratamento que se pretende resguardar por meio da decisão. Ou seja, devem ser privilegiados os bens jurídicos maiores que são a saúde e a vida da pessoa hipossuficiente e não os interesses pecuniários envolvidos.

Conforme afirmou Câmara¹⁷, discutia-se a possibilidade de imposição das *astreintes* quando o devedor da obrigação fosse a Fazenda Pública, tendo sustentado ser perfeitamente

¹⁴ LIEBMAN, Enrico Tullio. *Processo de Execução*. São Paulo: Saraiva, 1968. p. 169.

¹⁵ Este artigo abordará o *contempt of court* no item II.

¹⁶ LIEBMAN, Enrico Tullio. *Processo de Execução*. São Paulo: Saraiva, 1963. p. 159, com referências a SARFATTI, M. *Studi Giuridico Dedicati a Giampiero Chironi*. Turim: [s.n.], 1915. p. 481 espec. 515; ROSENBERG. *Lehbuch des Deuschen Zivilprozessrechts*. Berlin: [s.n.], 1931. p. 732; GOLDSCHMIDT, James. *Prozes als Rechtsslage*. Berlin: [s.n.], 1925; _____. *Derecho Procesal Civil*. Trad. espanhola de Pietro Castro. Barcelona: [s.n.], 1936 § 10, 3.

¹⁷ CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de Direito Processual Civil*. v. II. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999. p. 212.

possível a incidência do meio de coerção, pena de inviabilização da tutela jurisdicional específica do credor, pelo fato de ser devedor o Estado e acrescenta que distinção odiosa não poderia ser admitida, sob pena de violação do princípio da isonomia.

Câmara¹⁸ conclui que a multa não deve ser limitada pelo valor da obrigação cujo cumprimento se destinava exigir a obtenção, devendo o valor ser revertido para o exequente e ser exigível por meio do cumprimento de sentença para exigibilidade de obrigação de pagar quantia certa. Enquanto não satisfeito o direito à prestação de fazer continua incidindo a multa, de modo que a multa diária é acumulativa até que o devedor se convença da necessidade de obedecer à ordem judicial¹⁹.

Sabe-se que a multa diária é medida coercitiva que busca dar maior efetividade ao processo, compelindo o devedor a cumprir a obrigação. Seu valor, ainda que fixado em quantia elevada, resulta de razoabilidade, uma vez que não se cuida de multa apenas em decorrência do descumprimento do preceito judicial, mas tem por escopo a saúde da pessoa hipossuficiente que não tem outro meio para solucionar sua necessidade. O bem jurídico em questão assume importância transcendente. A multa dirige-se à proteção do cumprimento da sentença ou da tutela provisória em que o objeto da obrigação é o direito à saúde e, portanto, à vida, cujo valor não é possível mensurar.

Não obstante o julgado RESP 1.474.665/RS, cuja ementa foi transcrita, firmado como precedente perante o Superior Tribunal de Justiça para admitir que a função das astreintes esteja justamente no sentido de superar a recalcitrância do ente público devedor em cumprir a obrigação de fazer ou de não fazer que lhe fosse imposta e que deva incidir esse ônus a partir da negativa de adimplemento voluntário do Poder Público, o que se observa é a particularidade de que a imposição de multas à Fazenda Pública não ostenta efetivamente a propriedade de compelir ao cumprimento da obrigação de fazer.

A par da sanção de pagar multa diária em caso de descumprimento, o Poder Público mantém-se inerte quanto ao dever de entregar os medicamentos/insumos e as razões para o descumprimento são variadas e já conhecidas: não há estoque, o estoque/item vencido, não houve licitação, licitação ainda em andamento, houve impugnação, está no Tribunal de Contas, falta limite orçamentário, falta disponibilidade financeira, não houve o empenho, não tem previsão de desembolso, etc.

Câmara²⁰ pronuncia com clareza a objetividade da multa, quando indica que a sanção cumpre mais adequadamente o seu papel quando não precisa ser paga, por ter sido capaz de constranger o devedor a tempestivamente cumprir o preceito e realizar o direito do demandante, conforme reconhecido na decisão judicial.

¹⁸ Ibid., p. 211; 213.

¹⁹ CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de Direito Processual Civil*. v II. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 266.

²⁰ CÂMARA, Alexandre Freitas. *Novo Processo Civil Brasileiro*. São Paulo: Atlas, 2015. p. 369.

A *astreinte*, conforme a sanção prevista no art. 537 do Código de Processo Civil, resulta, portanto, como um meio de coerção destinado a pressionar psicologicamente o devedor a fim de que cumpra a obrigação.

Contudo, sendo a multa pecuniária o aspecto da pressão psicológica como o principal parâmetro para a aplicação da respectiva sanção, cabe analisar sua repercussão no âmbito da Fazenda Pública, levando-se em consideração que os efeitos do descumprimento do preceito prestacional não refletem de forma direta e imediata sobre os agentes da Administração Pública, os quais não são diretamente atingidos pela sanção.

Ademais, ainda que fixadas as multas cominatórias, estas ficam sempre sujeitas à modificação e a sua considerável redução de valor quando se tornam excessivamente onerosas, o que é frequente acontecer quando ocorre a cumulatividade da incidência das multas diárias pelo excesso de prazo no descumprimento da obrigação.

Código de Processo Civil, Art. 537 [...]

§ 1º O juiz poderá, de ofício ou a requerimento, modificar o valor ou a periodicidade da multa vincenda ou excluí-la, caso verifique que:

I - se tornou insuficiente ou excessiva;

II - o obrigado demonstrou cumprimento parcial superveniente da obrigação ou justa causa para o descumprimento.²¹

Assim, o que se extrai é que as sanções decorrentes de longos períodos de descumprimento das sanções acabam sendo abrandadas e, por vezes, até mesmo perdoadas em benefício da Fazenda Pública.

A propensão é demonstrada no julgado da 11ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, proferido em 25 de abril de 2018, que manteve em grau recursal a diminuição do valor da multa que havia alcançado R\$ 122.550,00 para R\$ 5.000,00, com fundamento no art. 537, § 1º, do CPC.²²

APELAÇÕES CÍVEIS. EMBARGOS À EXECUÇÃO. MULTA POR DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER CONSISTENTE NO FORNECIMENTO DE REMÉDIO POR ENTE MUNICIPAL E CONDENÇÃO AO PAGAMENTO DE TAXA JUDICIÁRIA. SENTENÇA QUE JULGOU PARCIALMENTE PROCEDENTES OS EMBARGOS PARA REDUZIR A MULTA AO VALOR DE R\$ 5.000,00 (CINCO MIL REAIS). APELOS DE AMBAS AS PARTES. Art. 537, § 1º, do CPC/15. 1.

²¹ BRASIL. Código de Processo Civil. Brasília, DF: Presidência da República, 2015.

²² RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça. Décima Primeira Câmara Cível. Apelação Cível nº 0014054-30.2015.8.19.0037. Relator: Des. Fernando Cerqueira Chagas. Rio de Janeiro, 25 de abril de 2018.

Sólida jurisprudência do E. STJ de que as astreintes podem ser revistas a qualquer tempo, caso fique demonstrada sua desproporcionalidade. 2. Ainda que seja indubitável a recalcitrância do ente municipal, impor-lhe o pagamento de multa no valor pretendido (R\$ 122.550,00) viola o princípio da razoabilidade e da proporcionalidade, sendo forçoso reconhecer a sua onerosidade e inegável prejuízo aos munícipes. 3. Impositiva a redução das astreintes no patamar fixado pelo juízo singular, não havendo fundamento para que seja ainda mais reduzido, a fim de que não se configure estímulo ao descumprimento da ordem judicial. 4. Descabimento da pretensão do embargante de que seja afastada a sua condenação ao pagamento de taxa judiciária, consoante os termos do Enunciado nº 42 do Fundo Especial do Tribunal de Justiça – FETJ e da Súmula nº 145 deste E. TJERJ. RECURSOS CONHECIDOS E DESPROVIDOS. [Trata-se de embargos à execução opostos pelo Município de Nova Friburgo, em que se pretende a exclusão da taxa judiciária e da multa diária impostas em sentença que condenou o ente municipal ao fornecimento de medicamentos. Sentença proferida pelo MM. Juízo da 3ª Vara Cível da Comarca de Nova Friburgo, doc. 15, que acolheu em parte os embargos para diminuir a multa estipulada para R\$ 5.000,00 (cinco mil reais)].

É certo que, no sentir do julgador que reduz ou perdoa a multa, há vários argumentos. Não é só a exorbitância do valor e o atingimento, já ocorrido, do escopo da multa em compelir o ente público devedor ao cumprimento da ordem judicial.

O reiterado e alongado descumprimento e a posterior redução do montante da multa cominatória acabam consagrando, de forma reflexa, uma imunidade do Poder Público em relação aos seus deveres primários e ao cumprimento das ordens judiciais.

Segundo a lógica exposta no julgado, depois de alcançar a efetividade do processo, a multa deve ser cancelada ou minimizada. A contrapartida de tal lógica deveria ser aplicada para todos os cidadãos que cometessem reiteradas e prolongadas infrações administrativas.

Assim, construções irregulares, a falta de licenciamento ambiental, a falta de alvarás de funcionamento e toda ordem de irregularidades administrativas prolongadas, tudo alvo de reiteradas notificações e autuações, poderiam ser posteriormente minimizados ou perdoados, tão logo os vícios fossem postos em ordem.

Por outro lado, nas entrelinhas desses julgamentos fica evidenciado que há certa relutância em manter a imposição de elevadas importâncias a título de multa para determinado credor ou determinados credores de demandas judiciais, por importar no comprometimento de recursos orçamentários destinados à saúde que poderiam ser empregados na aquisição de novos medicamentos ou insumos, ou ainda em serviços da saúde como internações e tratamentos médicos ambulatoriais e hospitalares.

Contudo, no Estado de Direito o respeito aos cidadãos se justifica na medida em que o exercício das funções públicas sirva ao bem comum e à sociedade, não sendo admissível conviver com a inadimplência estatal.

A inadimplência importa em flagrante e inescusável violação negativa à Constituição Federal e à Lei n 8.080/90 que impôs à União, Estados, Distrito Federal e Municípios, solidariamente, o dever de assistência médica e farmacêutica aos doentes necessitados.

3. O Poder Judiciário sendo uma plataforma de substituição das funções públicas descumpridas pelo Poder Executivo. Desobediência reiterada das ordens judiciais que tem a feição de ofensa à dignidade da Justiça. Necessidade de fazer incidir a multa pessoal sobre os agentes públicos. Aplicação do preceito *contempt of court*

O patrimônio jurídico do cidadão deve ser respeitado. Seus direitos e sua posição processual não devem ser desprezados e tratados como se sua pretensão não tivesse a devida importância ou fosse colocada em segundo nível de interesse frente às políticas públicas.

É notório que as reformas implantadas na última década prestigiaram a efetividade do processo, de acordo com a garantia fundamental da duração razoável do processo, bem como a confiança no cumprimento das decisões judiciais.

O direito à saúde está intimamente ligado ao próprio princípio da dignidade da pessoa humana, gravado no art. 1º, III, da Constituição da República Federativa do Brasil, vetor que rege todo o ordenamento jurídico pátrio.

A garantia constitucional da tutela jurisdicional efetiva conforme o preceito da Constituição da República Federativa do Brasil, no artigo 5º, inciso XXXV, deve conduzir a análise do tema à busca de meios que propiciem a efetividade do processo na concretude do cumprimento das decisões judiciais.

O não cumprimento das decisões judiciais de maneira sistemática fere, além do interesse público primário que é a promoção da saúde do jurisdicionado, o interesse público secundário, pois faz com que sejam realizados sucessivos sequestros ou sucessivas penhoras de valores consistentes em bloqueios de contas bancárias com recursos financeiros públicos para retirada de dinheiros dos cofres públicos com a finalidade de aquisição dos fármacos ou insumos.

Não é demais enfatizar que no processo individual a questão acaba sendo reiterada e sobrejamente confirmada após sucessivas decisões judiciais, desde o juízo rarefeito da tutela de urgência – juízo de probabilidade – até o juízo refletido na sentença meritória, onde já está presente o juízo de certeza, impulsionado pelo seu cumprimento.

No âmbito abrangente, a matéria está consagrada, considerando que as decisões que deferem as prestações de saúde pública alcançaram o status da estabilidade nos precedentes

judiciais do Superior Tribunal de Justiça, nos julgados representativos de controvérsia dos Recursos Especiais nº 1.474.665, nº 1.657.156 e nº 1.069.810, e no Supremo Tribunal Federal, com a repercussão geral nos Recursos Extraordinários nº 855.178 e nº 657.718, além das incontáveis decisões dos Tribunais de Justiça Estaduais e Regionais Federais.

Em função desse fato e também em razão do interesse público, não há que se falar em legitimidade do ente estatal para recorrer de multa pessoal imposta à pessoa do agente de seu governo, não podendo dispor de sua Procuradoria para a defesa pessoal de seu agente público, por ato atentatório à dignidade da justiça.

Como não bastasse a falta de legitimidade, também está sobejamente demonstrada a falta de vontade e a contrariedade ao interesse dos entes públicos, os quais deveriam orçar, adquirir e disponibilizar os medicamentos cujo direito de recebê-los já foi estabilizado em longas discussões judiciais, em inúmeros e reiterados processos, colaborando com o Judiciário, respeitando os jurisdicionados e agindo com eficiência para evitar custos desnecessários para o próprio Executivo, para o Judiciário e para a Defensoria Pública, que atua na maioria esmagadora das demandas desta natureza e é levada à judicialização das prestações da saúde pública ante à falta de cumprimento do dever primário pela Administração Pública.

Conforme aponta Luís Roberto Barroso²³:

a judicialização envolve uma transferência de poder para juízes e tribunais, com alterações significativas na linguagem, na argumentação e no modo de participação da sociedade. O fenômeno tem causas múltiplas. Algumas delas expressam uma tendência mundial; outras estão diretamente relacionadas ao modelo institucional brasileiro.

Caberia ao agente da Administração Pública adotar previamente os procedimentos para a compra dos medicamentos e insumos segundo a Lei de Licitações, de modo que a farmácia pública tenha em estoque para fornecer diretamente ao cidadão, atendendo à prescrição médica.

Nem se diga que manter uma farmácia pública constitui tarefa difícil ante a diversidade e multiplicidade de fármacos e insumos, pois há listagens oficiais intituladas RENAME²⁴ e REMUNE²⁵ que as farmácias privadas conseguem atender em seus estoques com satisfatória previsibilidade as demandas da população. Demais disso, o atendimento da listagem oficial é regra obrigatória, conforme julgado no Recurso Especial nº 1.657.156/RJ, representativo de controvérsia, sendo passível de análise a concessão dos medicamentos não incorporados em atos normativos.

²³ BARROSO, Luís Roberto. *Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática*, Consultor Jurídico, São Paulo, 22 dez. 2008.

²⁴ Relação Nacional de Medicamentos Essenciais, publicação do Ministério da Saúde.

²⁵ Relações Municipais de Medicamentos Essenciais.

Como a Administração Pública não cumpre seu dever primário, a pessoa hipossuficiente, sem alternativa, por faltar recursos financeiros para adquirir o medicamento e/ou insumo que necessita para seu tratamento, busca a Defensoria Pública que leva a omissão estatal ao Judiciário, a fim de obter o provimento jurisdicional para suprir a necessidade sempre urgente da parte que depende da tutela para a saúde e a vida.

Vale dizer que as intimações para entrega de coisa certa (medicamentos e insumos) não são atendidas, assim como as medidas de busca e apreensão não logram êxito por conta dos estoques quase sempre esvaziados.

Os procedimentos que deveriam ser adotados no âmbito da Administração Pública acabam sendo adotados pelo jurisdicionado, pela Defensoria Pública e pelo Judiciário, que após a apresentação de três orçamentos prévios obtidos em farmácias particulares, submete ao juízo para decidir com base no menor dos valores o bloqueio das verbas públicas e a transferência para a conta de depósito judicial, para, em seguida, determinar a expedição do mandado de pagamento em favor da parte que, após o saque do valor, procede com a compra dos fármacos e/ou insumos e apresenta a prestação de contas nos autos do processo.

A medida de apreensão da quantia em conta bancária do ente público constitui entendimento firmado na Súmula nº 178 do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro²⁶:

TJRJ, Súmula nº 178 – Para o cumprimento da tutela específica de prestação unificada de saúde, insere-se entre as medidas de apoio, desde que ineficaz outro meio coercitivo, a apreensão de quantia suficiente à aquisição de medicamentos junto à conta bancária por onde transitem receitas públicas de ente devedor, com a imediata entrega ao necessitado e posterior prestação de contas.

O princípio da máxima efetividade do processo e de suas medidas executivas, ao lado dos direitos da personalidade, apresenta uma crescente tendência no sentido de garantir a efetividade dos direitos para que a pessoa não fique privada de uma vida digna, como nos casos em que há o deferimento da tutela e não se consegue obter o seu regular e devido cumprimento, de modo que o processo não possa admitir retrocessos a privar o credor de sua dignidade ou de seus direitos fundamentais.

Conforme Mitidiero²⁷, com referência a Canotilho, a tutela jurisdicional tem de ser adequada para a tutela dos direitos. O processo tem de ser *capaz de promover* a realização do direito material. O *meio* tem de ser idôneo à promoção do *fim*. A adequação da tutela revela a

²⁶ RIO DE JANEIRO. Órgão Especial do Tribunal de Justiça. Processo Administrativo nº 0013667 68.2011.8.19.0000. Relatora: Desembargadora Leila Mariano. Votação unânime. Rio de Janeiro, 22 de novembro de 2010.

²⁷ MITIDIERO, Daniel. Processo civil e estado constitucional, p. 92. In: SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 780.

necessidade de análise do direito material posto em causa para se estruturar, a partir daí, um processo dotado de *técnicas processuais aderentes* à situação levada a juízo.

O grande cerne da questão é encontrar a medida razoável e eficaz que conduza à coibição judicial dos abusos do direito de defesa, pois o sequestro de verbas se transformou em rotina nas Varas de Fazenda Pública e transferiu para o Judiciário a função que deveria caber ao Administrador Público desempenhar.

O processo judicial não pode continuar sendo uma plataforma onde se opere a substituição das funções públicas descumpridas pelo Poder Executivo.

Esta é uma quadra histórica que precisa ser revertida. O Judiciário está atendendo as demandas da sociedade que não vêm sendo satisfeitas pela Administração Pública em suas obrigações primárias. **O Poder Judiciário está atuando além de seu papel de julgar. Verdadeiramente está procedendo como agente executor de medidas materiais da Administração Pública.**

Esta é uma face que pode ser vista como positiva, sob o aspecto das consequências sociais de atendimento às demandas da sociedade, mas, ao mesmo tempo, o aspecto negativo é que estimula a omissão do Poder Executivo em cumprir suas obrigações constitucionais em franco desatendimento aos princípios consubstanciados nos artigos 37 e 196 da Constituição da República.

A aquisição ocorre sem o processo licitatório da Lei nº 8.666/93, uma vez que a verba pública sequestrada é disponibilizada para que o autor/exequente adquira os medicamentos e/ou insumos, pelo menor dentre os orçamentos que juntar aos autos do processo, sendo tudo controlado e comandado pelo juiz.

A crescente intervenção judicial na área da saúde pública em substituição ao Poder Executivo pode levar ao estabelecimento de um único poder atuante, neste caso com a coparticipação da Defensoria Pública que promove as ações judiciais, com riscos à politização indevida, tudo, não obstante, com base no importante fundamento da proteção aos valores e direitos fundamentais.

O risco institucional existe para o Judiciário (também para a Defensoria Pública), conforme antecipa Barroso²⁸:

[...] o risco de efeitos sistêmicos imprevisíveis e indesejados pode recomendar, em certos casos, uma posição de cautela e deferência por parte do Judiciário. O juiz, por vocação e treinamento, normalmente estará preparado para realizar a justiça do caso concreto, a microjustiça²⁹. Ele nem sempre dispõe das informações, do

²⁸ BARROSO, Luís Roberto. *Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática*, Consultor Jurídico, São Paulo, 22 dez. 2008.

²⁹ BARCELLOS, Ana Paula de. Constitucionalização das políticas públicas em matéria de direitos fundamentais: o controle político-social e o controle jurídico no espaço democrático, *Revista de Direito do Estado*, Rio de Janeiro, v.1, n.3, p. 17-54, jul./set. 2006. Apud BARROSO, Luís Roberto. *Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática*, Consultor Jurídico, São Paulo, 22 dez. 2008.

tempo e mesmo do conhecimento para avaliar o impacto de determinadas decisões, proferidas em processos individuais, sobre a realidade de um segmento econômico ou sobre a prestação de um serviço público. Tampouco é passível de responsabilização política por escolhas desastradas. Exemplo emblemático nessa matéria tem sido o setor de saúde. Ao lado de intervenções necessárias e meritorias, tem havido uma profusão de decisões extravagantes ou emocionais em matéria de medicamentos e terapias, que põem em risco a própria continuidade das políticas públicas de saúde, desorganizando a atividade administrativa e comprometendo a alocação dos escassos recursos públicos. Em suma: o Judiciário quase sempre pode, mas nem sempre deve interferir. Ter uma avaliação criteriosa da própria capacidade institucional e optar por não exercer o poder, em autolimitação espontânea, antes eleva do que diminui.

Por tudo o que se apresenta neste estudo, vem se mostrando insatisfatório o manejo das medidas previstas nos artigos 497, 498, 536 §§ e 537 do Código de Processo Civil, que permitem ao juiz a busca e apreensão, sequestro de valores (BACENJUD) e imposição das astreintes consistentes nas multas diárias.

O dever-poder de efetivação pode ser reforçado por medidas de remoção de pessoas e coisas, desfazimento de obras, impedimento de atividade nociva e auxílio de força policial, que sejam necessárias para garantir a tutela específica ou a obtenção da tutela pelo resultado prático equivalente, não exaustivamente estabelecidas no art. 536 do CPC, ou mesmo pelas medidas atípicas autorizadas no art. 139, IV do CPC, quando necessárias.

Todavia, tais medidas típicas e atípicas só se mostram profícuas caso existente o estoque de medicamentos ou insumos ou, conforme o caso, na hipótese de existência de vaga de internação em UTI, quando o cumprimento da ordem judicial, por vezes, se depara com o drama da escolha de Sofia, pois a internação de um doente importa na prematura alta médica de outro.

A reflexão sobre o tema conduz para a imposição da multa pessoal incidente sobre o patrimônio pessoal do representante legal do ente público, responsável pelo cumprimento da ordem judicial, geralmente o Secretário de Saúde ou o próprio Ministro da Saúde, no caso da União, o que tem amparo no art. 77, IV, §§ 1º a 5º do Código de Processo Civil.³⁰

Art. 77. Além de outros previstos neste Código, são deveres das partes, de seus procuradores e de todos aqueles que de qualquer forma participem do processo: [...]

IV - cumprir com exatidão as decisões jurisdicionais, de natureza provisória ou final, e não criar embaraços à sua efetivação; [...]

³⁰ BRASIL. Código de Processo Civil. Brasília, DF: Presidência da República, 2015.

§ 1º Nas hipóteses dos incisos IV e VI, o juiz advertirá qualquer das pessoas mencionadas no caput de que sua conduta poderá ser punida como ato atentatório à dignidade da justiça.

§ 2º A violação ao disposto nos incisos IV e VI constitui ato atentatório à dignidade da justiça, devendo o juiz, sem prejuízo das sanções criminais, civis e processuais cabíveis, aplicar ao responsável multa de até vinte por cento do valor da causa, de acordo com a gravidade da conduta.

§ 3º Não sendo paga no prazo a ser fixado pelo juiz, a multa prevista no § 2º será inscrita como dívida ativa da União ou do Estado após o trânsito em julgado da decisão que a fixou, e sua execução observará o procedimento da execução fiscal, revertendo-se aos fundos previstos no art. 97.

§ 4º A multa estabelecida no § 2º poderá ser fixada independentemente da incidência das previstas nos arts. 523, § 1º, e 536, § 1º.

§ 5º Quando o valor da causa for irrisório ou inestimável, a multa prevista no § 2º poderá ser fixada em até 10 (dez) vezes o valor do salário-mínimo.

Sustenta-se que não há ilegalidade na aplicação da multa pessoal ao agente da Administração Pública responsável pelo cumprimento da ordem judicial, pois sendo objeto de tutela o direito fundamental à saúde, intimamente relacionado ao direito à vida e à dignidade humana, de matriz constitucional, não se pode permitir o descumprimento injustificado de decisões judiciais pelo ente público. Na defesa do *poder geral de efetivação do juiz*, Fredie Didier Jr. et al.³¹ entende:

[...] para evitar a renitência dos maus gestores, nada impede que o magistrado, no exercício do seu poder geral de efetivação, imponha as astreintes diretamente ao agente público (pessoa física) responsável por tomar a providência necessária ao cumprimento da prestação. Tendo em vista o objetivo da cominação (viabilizar a efetivação da decisão judicial), decerto que aí a ameaça vai mostrar-se bem mais séria e, por isso mesmo, a satisfação do credor poderá ser mais facilmente alcançada.

A multa pessoal lastreada no art. 77, IV, §§ 1º a 5º, do CPC coaduna-se com os fundamentos do *contempt of court* como medida para garantir o pleno cumprimento das decisões judiciais que impõem à Fazenda Pública prestações da saúde, ante a real necessidade de dar eficácia e efetividade ao processo.

O instituto do *contempt of court* e sua aplicação fundada no art. 77, IV do CPC vêm encontrando espaço assíduo na jurisprudência, em casos de cumprimento de obrigações de

³¹ DIDIER JR., Fredie; et al. *Curso de Direito Processual Civil*. v. 5, 5 ed. rev. amp.e atual. Salvador: Editora Juspodvm, 2013. p.466.

fazer consistentes na saúde pública, tal como se depara no julgado da Décima Primeira Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro.³²

Agravo de Instrumento. Ação de Obrigação de Fazer. Decisão que determinou a instalação de serviço médico especializado, denominado *home care* à parte autora, nos termos do Acórdão do AI nº 0062286-19.2017.8.19.0000, no prazo de 05 dias, sob pena de multa diária de R\$ 1.000,00. Manutenção. Validade da multa visando à observância da decisão judicial, conforme os artigos 77, IV c/c 497 do NCPC. *Contempt of court*. Prazo bem fixado, pois em se tratando de reabilitação, a urgência nos procedimentos médicos é essencial para alcançar resultados satisfatórios, evitando-se sofrimento demasiado à paciente. Parecer do Ministério Público nessa direção. Desprovimento do Recurso.

No corpo do julgado³³ foi feita a referência à doutrina de Araken de Assis em “*Contempt of Court* no Direito Brasileiro” e a outros julgados do Superior Tribunal de Justiça:

Contempt of Court, também chamado de injunction contempt “is an act or omission tending to obstruct or interfere with the orderly administration of justice, or to impair the dignity of justice, or to impair the dignity of the court or respect for its authority... the penalty for civil contempt is usually payment of a fine, or imprisonment for an indefinite period of time until the party in contempt agrees to perform his legal obligation...” (Law Dictionary, Steven H. Gifs, fifth edition, page 105)

A doutrina anglo-saxônica acima pode ser usada no direito pátrio, o que já acontece, como se vê de vários julgados do STJ, a saber:

REsp. 963119, de 09/09/08, rel. Min. Humberto Martins; REsp. 572603, de 06/05/04, rel. Min. José Delgado; REsp. 453762, de 03/06/03, rel. Min. Luiz Fux; REsp. 235978, de 07/11/00, rel. Min. Sálvio de Figueiredo e RMS 9228, de 01/09/98, rel. Min. Ruy Rosado.

Dentre os julgados do Superior Tribunal de Justiça, de natureza tributária, mencionados no texto de Araken de Assis, destaca-se o REsp 453.762/RS³⁴ que impõe a sanção punitiva pelo prosseguimento da atividade constitutiva de crédito tributário quando suspensa a sua exigibilidade por força de liminar judicial, caracterizando, inequivocamente, o *contempt of court*.

³² RIO DE JANEIRO. Décima Primeira Câmara Cível Tribunal de Justiça. Acórdão proferido no julgamento do Agravo de Instrumento nº 0050212-93.2018.8.19.0000. Relator: Desembargador Otávio Rodrigues. Rio de Janeiro, 7 de novembro de 2018. Publicado em: 8 nov. 2018.

³³ Ibid.

³⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Acórdão da Primeira Turma no Julgamento do Recurso Especial nº 453.762/RS (2002/0093871-2). Relator: Ministro Luiz Fux. Brasília, 3 de junho de 2003. Publicado em: 17 nov. 2003.

PROCESSO CIVIL E TRIBUTÁRIO. SUSPENSÃO DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO. CAUSA SUSPENSIVA CONSISTENTE EM LIMINAR ANTECIPATÓRIA CONCEDIDA EM MANDADO DE SEGURANÇA. APLICAÇÃO DO ARTIGO 151, IV, DO CTN. 1. À luz das hipóteses enumeradas no artigo 151 do CTN é possível entrever que há causas suspensivas que antecedem à constituição do crédito tributário pelo lançamento e outras que o encontram constituído. 2. Em qualquer caso, emitida a ordem judicial suspensiva não é lícito à Administração Tributária proceder a qualquer atividade que afronte o comando judicial, sob pena de cometimento do delito de desobediência, hodiernamente consagrado e explicitado no art. 14, VI e parágrafo único Código de Processo Civil. 3. É vedado à Administração agir com desconsideração ao provimento liminar e com desprezo pelo Poder Judiciário sob o argumento de que a decisão liminar não corresponde ao trânsito em julgado da decisão final, porquanto esse argumento sofismático implica negar eficácia à antecipação da tutela que é auto executável e mandamental. 4. Exsurgindo a suspensão prevista no art. 151, IV, do CTN no curso do procedimento de constituição da obrigação tributária, o que se opera é o “impedimento à constituição do crédito tributário”. 5. O Judiciário ao sustar a exigibilidade do crédito tributário tanto pode endereçar a sua ordem à que não se constitua o crédito, posto do seu surgimento gerar ônus ao contribuinte até mesmo sob o ângulo da expedição de certidões necessárias ao exercício de atividades laborais, como também vetar a sua cobrança, ainda que lançado o tributo previamente à ordem. 6. Prosseguir na atividade constitutiva do crédito tributário, suspensa a sua exigibilidade por força de liminar judicial, caracteriza, inequivocamente, o que a doutrina do tema denomina de *contempt of court*, por influência anglo-saxônica, hodiernamente verificável nos sistemas do civil law. 7. Precedente. 8. Recurso especial conhecido e improvido. (STJ. REsp. 453762, de 03/06/03, rel. Min. Luiz Fux)

Os fundamentos constitucionais que dão legitimidade e eficácia às decisões judiciais não podem ficar abalados diante de reiterados descumprimentos aos seus preceitos, verdadeiramente desrespeitosos e que chegam a tratar com desdém a autoridade do Poder Judiciário, desprezando a dignidade da justiça e o Estado de Direito, democraticamente regulado.

Perlingeiro³⁵ examina o tema com notoriedade ao estabelecer que o direito processual deva garantir que os indivíduos sejam capazes de agir em juízo quando a autoridade administrativa não atenda ao requerimento, deixando de fornecer o benefício que o indivíduo

³⁵ PERLINGEIRO, Ricardo. Desafios Contemporâneos da Justiça Administrativa na América Latina. *Revista de Investigações Constitucionais*, Curitiba, v. 4, nº 1, p. 175–176, jan./abr. 2017.

considere como seu direito, de modo que o juízo esteja instrumentalizado em um processo de execução adequado e disponível a fim de tornar as obrigações efetivas.

O prestigiado autor prossegue discorrendo sobre a necessidade de o legislador processual consagrar medidas judiciais condenatórias de fazer e de não fazer fazendo menção ao que a Corte Interamericana de Direitos Humanos pontua:

Por outro lado, como assinalou anteriormente o Tribunal, ao avaliar a efetividade dos recursos interpostos no âmbito da jurisdição contencioso-administrativa nacional, a Corte deve observar se as decisões tomadas contribuíram efetivamente para pôr fim a uma situação violadora de direitos, para assegurar a não recorrência dos atos danosos e para garantir o livre e pleno exercício dos direitos protegidos pela Convenção. (tradução nossa e grifo nosso)³⁶ Também, segundo a Corte I.D.H., “para que o recurso de nulidade fosse efetivo, teria que implicar tanto a anulação do ato, como a consequente determinação ou, conforme o caso, o reconhecimento dos direitos estabelecidos”. (tradução nossa e grifo nosso)³⁷

O Supremo Tribunal Federal, em recente decisão proferida em 11 de março de 2019 na Ação Cível Originária nº 3095/PI³⁸, diante do pleito de aplicação da multa por ato atentatório – *contempt of court* – aos integrantes da diretoria Colegiada da Caixa Econômica Federal, no valor de até 10 (dez) vezes o valor do salário mínimo (art. 77, § 5º, do CPC), pela postura recalcitrante que, além de atentar gravemente contra a autoridade do Poder Judiciário, causou sensíveis transtornos à população, privada, inclusive, no abastecimento de produtos essenciais à subsistência e à saúde, sem prejuízo de um exame mais aprofundado a ser feito em momento processual adequado, fundamentando que o quadro fático de desrespeito à autoridade do Poder Judiciário foi bem retratado nas notificações de multas e outras providências adotadas pelas autoridades que integram a segurança pública, firmou que as circunstâncias fáticas mostravam ser razoável a aplicação da multa aos responsáveis pelos atos praticados em confronto com a tutela jurisdicional outorgada, nos parâmetros definidos, decidindo o Ministro Relator pela manutenção da multa de natureza cominatória fixada inicialmente.

³⁶ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Caso Barbani Duarte y otros vs. Uruguay*. São José, 13 de outubro de 2011, § 201. Na mesma linha: arts. 4 e 5 da Lei que regula o Processo Contencioso Administrativo do Peru (Lei nº 27.584, de 22 de novembro de 2001); art. 9 da Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa da Venezuela (Lei nº 39.447, de 16 de junho de 2010); art. 14 da Ley de Regulación de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo da Nicarágua (Lei nº 350, de 18 maio de 2000). In: PERLINGEIRO, Ricardo. Desafios Contemporâneos da Justiça Administrativa na América Latina. *Revista de Investigações Constitucionais*, Curitiba, v. 4, n. 1, p. 176, jan./abr. 2017.

³⁷ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, op. cit., § 211.

³⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Decisão proferida na Ação Cível Originária 3095 Piauí em 11.3.2019. Relator: Min. Edson Fachin. Brasília, 11 de março de 2019. Processo eletrônico DJe-050. Publicação: 14 mar. 2019.

Araken de Assis³⁹ discorre sobre o *contempt of court* apontando, como antes previsto no art. 600 do Código de Processo Civil de 1973, para diversos comportamentos que no processo executivo consistiriam em atos atentatórios à dignidade da justiça, sendo intuitivo seu paralelo com a insolência e a insubordinação previstos na *common law*. E, de acordo com o art. 601, *caput*, do CPC revogado, o executado era punido com a perda das faculdades processuais de “requerer, reclamar, recorrer ou praticar no processo quaisquer atos”, o que se afigurava inconstitucional, razão de não ter o dispositivo recebido aplicação consentânea com seus elevados propósitos de dotar o órgão judiciário de poderes coercitivos.

Prossegue ASSIS explanando as motivações, o quanto conhecidas que são, para que o *contempt of court* não se aplique em alcance como medida repressiva de prisão com fundamento no art. 330 do Código Penal, como decorrência do descumprimento da ordem judicial civil.⁴⁰

Em princípio, o crime de desobediência (art. 330 do CPB) equipara-se ao *contempt of court* criminal. Porém, distingue-se do seu modelo em ponto capital: não visa a induzir ao cumprimento, senão de modo indireto e longínquo, mas a reprimir a lesão a determinado bem jurídico. Em última análise, exhibe “valor simbólico na confirmação da autoridade judicial na solução daquele tipo de pendência”. Apesar das vozes que estimam caracterizado semelhante delito, em tese, a exemplo de Cândido Rangel Dinamarco, a rigor isto não acontece, tratando-se de servidor público. É preciso ter em mente, neste delicado e controvertido assunto, o princípio estrita legalidade (art. 5º, XXXIX, da CF/88 e art. 1º do CPB). Em matéria penal, diferentemente do que sucede nos domínios civis, pouco espaço há para conceitos jurídicos indeterminados e interpretações por analogia. Sob tal perspectiva rigorosa, o tipo penal do art. 330 do CPB não favorece, absolutamente, a introdução definitiva do *contempt of court*.

Nesse sentido, o Enunciado nº 6 (Aviso 51/2006) do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro:

Descumprida a ordem judicial de entrega de medicamentos serão ordenadas as seguintes providências: (a) busca e apreensão; (b) multa pessoal da autoridade responsável pelo cumprimento da obrigação, nos termos do art. 14, parágrafo único, do Código de Processo Civil; (c) extração de peças para o Ministério Público, pelo crime, em tese, de prevaricação, sem prejuízo da apuração de possível prática de ato de improbidade administrativa.

³⁹ ASSIS, Araken de. O contempt of court no direito brasileiro. *Academia Brasileira de Direito Processual Civil*, Porto Alegre, 2003.

⁴⁰ ASSIS, loc. cit.

O acima transcrito Enunciado nº 6 (Aviso 51/2006) do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro foi editado ainda na vigência do Código de Processo Civil de 1973 fazendo referência ao art. 14, parágrafo único, então vigente⁴¹, que estabelecia a previsão de incidência de sanção às partes e a todos aqueles que de qualquer forma participam do processo, por não cumprir os provimentos mandamentais ou por criar embaraços à efetivação de provimentos judiciais, com ressalva aos advogados que se sujeitam exclusivamente aos estatutos da Ordem dos Advogados do Brasil, prevendo que a violação constitui ato atentatório ao exercício da jurisdição e conferindo ao juiz o poder de aplicar multa de acordo com a gravidade da conduta em até vinte por cento do valor da causa, sem prejuízo das sanções criminais, civis e processuais eventualmente incidentes.

A imposição de multa pessoal ao Secretário de Saúde já vinha sendo admitida na jurisprudência do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro⁴² na vigência do Código de Processo Civil de 1973:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. MEDICAMENTOS. Falta de legitimidade recursal. Recalcitrância no cumprimento da decisão que antecipou os efeitos da tutela. Imposição de multa pessoal ao secretário de saúde. Possibilidade. Ato atentatório à dignidade da justiça. Sanção aplicável a todos que participam do processo. Precedentes deste Tribunal. Tese recursal manifestamente improcedente. Recurso a que se nega seguimento. (0001557- 95.2015.8.19.0000 - Agravo de Instrumento - Des. Carlos Eduardo da Rosa da Fonseca Passos - Décima Oitava Câmara Cível - Julgamento: 16/01/2015)

Com a entrada em vigor do Código de Processo Civil de 2015, o modelo de multa pessoal foi aperfeiçoado. O juiz adverte que a conduta poderá ser punida como ato atentatório à dignidade da justiça e, na ocorrência da violação que caracterize o ato atentatório à dignidade da justiça, deve o juiz, sem prejuízo das sanções criminais, civis e processuais cabíveis, aplicar ao responsável direta e pessoalmente a multa de até vinte por cento do valor da causa, de acordo com a gravidade da conduta, a ser paga no prazo a ser fixado pelo juiz, pena de inscrição como

⁴¹ Código de Processo Civil de 1973 [...] **Art. 14.** São deveres das partes e de todos aqueles que de qualquer forma participam do processo. [...] **V** - cumprir com exatidão os provimentos mandamentais e não criar embaraços à efetivação de provimentos judiciais, de natureza antecipatória ou final. **Parágrafo único.** Ressalvados os advogados que se sujeitam exclusivamente aos estatutos da OAB, a violação do disposto no inciso V deste artigo constitui ato atentatório ao exercício da jurisdição, podendo o juiz, sem prejuízo das sanções criminais, civis e processuais cabíveis, aplicar ao responsável multa em montante a ser fixado de acordo com a gravidade da conduta e não superior a vinte por cento do valor da causa; não sendo paga no prazo estabelecido, contado do trânsito em julgado da decisão final da causa, a multa será inscrita sempre como dívida ativa da União ou do Estado. (Inciso V e parágrafo único, incluídos pela Lei nº 10.358, de 27.12.2001).

⁴² RIO DE JANEIRO. Décima Oitava Câmara Cível Tribunal de Justiça. Decisão Monocrática proferido no julgamento do Agravo de Instrumento nº 0001557-95.2015.8.19.0000. Relator: Desembargador Carlos Eduardo da Fonseca Passos. Rio de Janeiro, 16 de janeiro de 2015. Publicado em: 21 jan. 2015.

dívida ativa da União ou do Estado após o trânsito em julgado da decisão que a fixou, com sua cobrança como execução fiscal, revertendo-se ao fundo de modernização do Poder Judiciário⁴³ previsto no art. 97, sendo certo que a multa pessoal poderá ser imposta independentemente da incidência das *astreintes* previstas no artigo 536 do Código de Processo Civil, referentes ao cumprimento de obrigação de fazer e não fazer. Quando o valor da causa for irrisório ou inestimável, a multa pessoal poderá ser fixada em até 10 (dez) vezes o valor do salário-mínimo.

Nestas condições o art. 77, IV, §§ 1º a 5º, do Código de Processo Civil de 2015 manteve e aprofundou a previsão de penalidade pessoal que, portanto, pode ser direcionada nas demandas prestacionais da saúde pública ao Ministro da Saúde e/ou ao Secretário de Saúde, responsável(is) pelo descumprimento, de acordo com o ente público ao qual tenha sido dirigida a ordem, uma vez que a norma legal prevê sua incidência **“a todos aqueles que de qualquer forma participem do processo”**.

Analisando o tema, a Vigésima Segunda Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro⁴⁴ concluiu pela imposição da sanção consistente na aplicação da multa pessoal aos Secretários Estadual e Municipal de Saúde em ação judicial relativa ao fornecimento de medicamentos:

ACÓRDÃO. AGRAVO DE INSTRUMENTO. CUMPRIMENTO DE SENTENÇA DIREITO À SAÚDE. DEVER DO ESTADO. OBRIGAÇÃO SOLIDÁRIA DE TODOS OS ENTES FEDERATIVOS. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS. DESCUMPRIMENTO DE ORDEM JUDICIAL. MULTA PESSOAL IMPOSTA AOS SECRETÁRIOS ESTADUAL E MUNICIPAL DE SAÚDE. ARTIGO 77 DO CPC/2015. ILEGITIMIDADE PASSIVA. AFRONTA AOS PRINCÍPIOS DA AMPLA DEFESA, DO CONTRADITÓRIO, DA LEGALIDADE, DA RAZOABILIDADE, DA PROPORCIONALIDADE E DA EQUIDADE. TRÂMITES ADMINISTRATIVOS PARA CUMPRIMENTO DA DECISÃO. PRINCÍPIO DA MENOR ONEROSIDADE. NECESSIDADE DE DUPLA NOTIFICAÇÃO PRÉVIA À IMPOSIÇÃO DA PENALIDADE. PREJUÍZO ÀS FINANÇAS PÚBLICAS. DESCABIMENTO. RECALCI-TRÂNCIA DAQUELE A QUEM INCUMBE O CUMPRIMENTO DA ORDEM. DESCUMPRIMENTO REITERADO DA DETERMINAÇÃO DE FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS QUE ENSEJOU BUSCA

43 No Rio de Janeiro, o Fundo Especial do Tribunal de Justiça – FETJ, “tem por objetivo a dotação de recursos financeiros ao processo de modernização e reaparelhamento do Poder Judiciário” conforme previsto no art. 2º da Lei Estadual nº 2.524, de 22 de janeiro de 1996.

44 RIO DE JANEIRO. Vigésima Segunda Câmara Cível. Acórdão proferido no julgamento do Agravo de Instrumento nº 0034979-90.2017.8.19.0000. Relator: Desembargador Rogério de Oliveira Souza. Rio de Janeiro, 3 de outubro de 2017. Publicado em: 4 out. 2017.

E APREENSÃO E SEQUESTRO DE VALORES DAS CONTAS PÚBLICAS POR DIVERSAS VEZES. MANUTENÇÃO DA DECISÃO AGRAVADA. Descumprimento de ordem judicial constante de sentença que ensejou a imposição de multa pessoal aos secretários estadual e municipal de saúde. A multa de até 20% (vinte por cento) do valor da causa encontra legitimidade no artigo 77 do CPC/2015 e é passível de ser imposta a todas às partes, seus procuradores e intervenientes que deixarem de cumprir com exatidão os provimentos mandamentais ou que criarem embaraços à efetivação de provimentos judiciais. Incidência do Enunciado nº 6 do Aviso nº 51/2006 do Encontro dos Juízes de Fazenda Pública deste Estado. Recalcitrância em cumprir a ordem judicial mesmo após o deferimento de busca e apreensão e sequestro de valores numerosas vezes ao longo da marcha processual. Argumentos e alegações que não se mostram suficientes a afastar a incidência da penalidade. Manutenção da decisão que se impõe. Conhecimento e desprovimento do recurso.

No corpo do Acórdão, cuja ementa acima indica, constam transcritos julgados expedidos pelas Terceira, Vigésima Segunda e Oitava Câmaras Cíveis do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, nos Agravos de Instrumento números 0018748-85.2017.8.19.0000, 0029033-405.2017.8.19.0000, 0052056-54.2013.8.19.0000 e 0049752-14.2015.8.19.0000, todos no mesmo sentido, indicando que a multa pessoal do agente público a quem compita o cumprimento das determinações judiciais vem sendo o caminho adotado pelo Judiciário Fluminense como meio executivo para dar eficácia ao cumprimento de obrigação de fazer ou de entrega de coisa.

É indubitoso que a multa pessoal que sanciona diretamente o agente público indicado para o cumprimento da determinação judicial sobrepõe-se em importância à cominação da multa diária prevista no art. 536 § 1º do Código de Processo Civil.

Nesse sentido, Cunha⁴⁵ tece a crítica à força coercitiva da multa imposta à Fazenda Pública, defendendo a aplicação de multa ao agente público como medida mais eficaz para o atendimento do comando judicial:

Mas será que a fixação dessa multa contra a Fazenda Pública revela-se eficaz? Conterá efetividade o provimento, com mera fixação da multa? E se a Fazenda Pública não cumprir a determinação judicial? O pagamento da multa deve submeter-se ao regime do precatório?

⁴⁵ CUNHA, Leonardo Carneiro da. *A Fazenda Pública em juízo*. 13. ed., reform. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 138-139.

[...]sustenta Marcelo Lima Guerra ser admissível a adoção de meios alternativos, não para substituir o sistema de precatórios, mas para assegurar a eficácia prática de meios executivos. Daí sugerir que a referida multa seja imposta contra o agente público responsável pelo cumprimento da medida.

Para conferir efetividade ao comando judicial, cabe, portanto, a fixação de multa, a ser cobrada do agente público responsável, além de se exigir da própria pessoa jurídica de direito público.

É preciso, entretanto, que, antes de impor a multa ao agente público, seja observado o contraditório, intimando-o para cumprir a decisão e advertindo-o da possibilidade de se expor à penalidade pecuniária.

Como já mencionado neste estudo, as *astreintes* embora sejam juridicamente cabíveis contra a Fazenda Pública, sendo questão firmada no sobredito Recurso Especial Representativo de Controvérsia nº 1.474.665/RS, não têm o condão de dar efetividade ao processo por não produzir a almejada e esperada pressão psicológica, não podendo ser afirmada como principal parâmetro de aplicação da sanção contra o descumprimento da determinação judicial em obrigações relacionadas à saúde pública.

Com efeito, as multas impostas à Fazenda Pública repercutem e oneram tão somente os cofres públicos, uma vez que os efeitos do descumprimento do preceito obrigacional não refletem de forma direta e imediata sobre os agentes da Administração Pública. Segundo Marinoni⁴⁶:

[...] não há cabimento na multa recair sobre o patrimônio da pessoa jurídica, se a vontade responsável pelo não cumprimento da decisão é exteriorizado por determinado agente público. Se a pessoa jurídica exterioriza a sua vontade por meio da autoridade pública, é lógico que a multa somente pode lograr o seu objetivo se for imposta diretamente ao agente capaz de dar atendimento à decisão judicial.

Portanto, como medida sancionatória civil, típica e prevista no Código de Processo Civil, subsiste de forma muito oportuna e pertinente à advertência a aplicação da multa pessoal, que tem a virtude e o poder de compelir o agente público à prática do ato objeto da determinação judicial.

Eduardo J. Couture⁴⁷ conclui seus fundamentos sobre a eficácia do processo apontando que a justiça e o processo terão cumprido a sua finalidade quando o juiz tenha concedido ao

⁴⁶ MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica processual e tutela dos direitos*. 13 ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010. p. 475-476.

⁴⁷ COUTURE, Eduardo Juan. *Fundamentos do direito processual civil*. Tradução Benedicto Giacobini. Campinas, SP: Red Livros, 1999. p. 264.

vencedor a satisfação a que este aspirava, mediante o pagamento ou mediante a segurança dos seus interesses protegidos pela sentença, ocasião em que sua obra estará concluída.

4. Atuação da Advocacia Pública

4.1 Impossibilidade da defesa do agente público ser feita pela Advocacia Pública na hipótese de *contempt of court*

Outro ponto importante para investigação diz respeito à possível falta de representatividade pela Advocacia Pública para promover a defesa pessoal do agente público, alvo da multa pessoal prevista no art. 77, caput, IV, §§ 1º a 4º do CPC que recai naturalmente sobre o Secretário ou Ministro titular da Pasta da Saúde, por meio da interposição de recurso cabível, conforme a espécie da decisão que impõe o preceito.

Sendo a multa pessoal concedida por decisão interlocutória em tutela de urgência ou na fase de cumprimento de sentença, o recurso será o Agravo de Instrumento (art. 1.015, I, c/c parágrafo único, do CPC). Caso a multa pessoal seja determinada na sentença, a espécie recursal será a Apelação Cível (art. 1.009, § 3º do CPC).

Para recorrer são notadamente necessários: legitimidade e interesse recursal. Presentes tais pressupostos recursais no que diz respeito à insurgência quanto ao tema da aplicação da multa pessoal ao Secretário ou Ministro da Saúde.

Contudo, a multa pessoal prevista no art. 77, caput, IV, §§ 1º a 4º do CPC é penalidade decorrente de ato atentatório à dignidade da justiça, preceito do *contempt of court*, em razão do descumprimento de ordem judicial, **constituindo sanção de natureza pessoal**, não sendo o ente estatal legitimado para promover o recurso no tema “multa pessoal” que só poderia ser interposto pela própria parte sancionada, ou seja, o próprio Secretário ou o Ministro da Saúde, conforme o caso, pessoa física.

Essa multa **não atinge o patrimônio e tampouco o interesse do ente público**, que além de não ser legitimado para recorrer, não pode dispor de sua Procuradoria para a promoção da defesa pessoal do envolvido.

A advocacia pública não exerce a representatividade da pessoa física do Secretário ou do Ministro da Saúde, conforme os artigos 131 e 132 da Constituição da República e o art. 176 da Constituição do Estado do Rio de Janeiro e respectivas leis orgânicas.

Os advogados públicos são advogados de Estado, não de governo. O advogado de Estado não representa processualmente, ele apresenta o próprio Estado.⁴⁸ A previsão contida no

⁴⁸ ROSAS, Roberto. A Advocacia-Geral da União. A Constituição Brasileira 1988: interpretações. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1988, apud CYRINO, André Rodrigues. *Advocacia pública. Enciclopédia jurídica da PUC-SP*. Celso Fernandes Campilongo, Álvaro de Azevedo Gonzaga e André Luiz Freire (coords.). Tomo: Direito Administrativo e Constitucional. Vidal Serrano Nunes Jr., Maurício Zockun, Carolina Zancaner Zockun, André Luiz Freire (coord. de tomo). São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017.

art. 11, V, do da Lei Complementar 73/1993⁴⁹, diz respeito ao assessoramento e consultoria jurídica, no controle interno, não importando em promover a defesa jurídica judicial da autoridade administrativa sancionada pela irregularidade que cometeu.

Pensar em contrário significaria admitir que o advogado público devesse defender o agente público até mesmo na ação de improbidade administrativa. Assim, não pode ser chamado a recorrer em favor da pessoa física do Secretário ou do Ministro de Saúde. Estes devem ser defendidos pelo advogado particular que contratarem.

Importante também afirmar que, em verdade, o recurso contra a aplicação dessas penalidades, além de não ser de interesse do ente público, vai de encontro, ou seja, se afigura como contrário ao interesse do Município.

4.2. Fase negocial prévia e requerimento administrativo prévio

Ainda se discute, com alguma controvérsia, se pode ser estabelecida por lei a exigência de fase negocial prévia ou o prévio requerimento administrativo como motivação para a exclusão da imediata apreciação da demanda pelo Poder Judiciário.

Afastando a obrigatoriedade da fase negocial, o Supremo Tribunal Federal, no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.160 do Distrito Federal⁵⁰, em obediência ao inciso XXXV do art. 5º da Constituição da República, reconheceu a desnecessidade de prévia submissão da pretensão à Comissão de Conciliação Prévia, prevista no art. 625-D e parágrafos da Consolidação das Leis do Trabalho, acrescentados pela Lei nº 9.958 de 12 de janeiro de 2.000, fundamentando que se tratava de cumprimento de requisitos desproporcionais, procrastinatórios ou inviabilizadores da submissão de pleito ao Poder Judiciário, contrário ao preceito constitucional.

No âmbito do Direito Previdenciário, conforme decidido pelo Supremo Tribunal Federal no RE 631240/MG⁵¹ com repercussão geral, para que não caracterize a ausência de interesse de agir, constitui pressuposto ter havido prévio requerimento administrativo, sem resultado ou com resultado de indeferimento (em instância originária ou recursal), salvo

⁴⁹ BRASIL. Lei Complementar nº 73, 10 de fevereiro de 1993. Institui a Lei Orgânica da Advocacia-Geral da União e dá outras providências. [...] Art. 11 - Às Consultorias Jurídicas, órgãos administrativamente subordinados aos Ministros de Estado, ao Secretário-Geral e aos demais titulares de Secretarias da Presidência da República e ao Chefe do Estado-Maior das Forças Armadas, compete, especialmente: [...] V - assistir a autoridade assessorada no controle interno da legalidade administrativa dos atos a serem por ela praticados ou já efetivados, e daqueles oriundos de órgão ou entidade sob sua coordenação jurídica.

⁵⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão do Tribunal Pleno na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.160 do Distrito Federal. Relatora: Min. Cármen Lúcia. Brasília, 1 de agosto de 2018. Publicado DJe-033 em 19 fev. 2019.

⁵¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão com Repercussão Geral do Tribunal Pleno no julgamento do Recurso Extraordinário nº 631240 de Minas Gerais. Relator: Min. Roberto Barroso. Brasília, 3 de setembro de 2014. Publicado DJe-220 em 10 nov. 2014. *Amicus Curiae*: União, Defensoria Pública-Geral da União e Instituto Brasileiro de Direito Previdenciário-IBDP.

quando o entendimento da Administração Pública for notório e reiteradamente contrário à postulação, hipótese em que o pedido poderá ser formulado diretamente em juízo, mas se não depender da análise de matéria de fato ainda não levada ao conhecimento da Administração.

A alegação da ausência de interesse processual ao argumento da falta prévio requerimento administrativo de fornecimento da prestação de saúde não suplanta a necessidade e utilidade do provimento judicial postulado para compelir o ente público ao cumprimento da obrigação.

O preceito constitucional obriga o Poder Público a prestar gratuitamente assistência à saúde às pessoas necessitadas (artigos 6º e 196 da CF). A receita médica indica a necessidade do fármaco, insumo ou serviço de saúde, sendo certo que a omissão administrativa é presumida diante da busca pelo Judiciário, pois o não atendimento é o motivador natural da procura pela propositura da ação judicial.

Além dessa constatação, a parte hipossuficiente, sem meios materiais para obtenção direta das prestações da saúde pública e de posse do receituário médico expedido pelo médico integrante do Sistema Único de Saúde - SUS a quem procurou, fez pressupor a deflagração de toda a sua postulação à Administração Pública, à qual cabia adotar as providências para conferir ao paciente integralmente as prestações de saúde que o mesmo necessite, independentemente de nova manifestação ou novo requerimento, atenta à proteção vida, à dignidade da pessoa humana e ao direito à saúde, que devem ser priorizados como direitos fundamentais.

Por fim, deve-se considerar ainda que a pretensão à prestação à saúde é de natureza transcendente e a alegação de que não teria sido submetida ao prévio requerimento administrativo fica superada quando resulta resistida pelo oferecimento da contestação em juízo, sendo, no entendimento da jurisprudência comum e geral, desnecessário o prévio pedido administrativo em razão da garantia do art. 5º, XXXV, da Constituição da República.

4.3. Judicialização exacerbada e Jurisdição Administrativa

O panorama da *judicialização exacerbada* vem sendo retratado pela doutrina, destacando-se a autorizada manifestação do Professor Perlingeiro.⁵²

... a despeito de tamanha evolução do direito a uma tutela judicial efetiva, a realidade dos tribunais latino-americanos demonstra um panorama de adversidades: uma judicialização exacerbada, com milhares de processos em andamento, ora por iniciativa de particulares, ora por iniciativa de autoridades contra particulares, como evidente consequência de uma crescente perda de credibilidade generalizada dos cidadãos na Administração Pública, sem que haja uma resposta jurisdicional e proporcional a cargo dos tribunais.

⁵² PERLINGEIRO, Ricardo. Desafios Contemporâneos da Justiça Administrativa na América Latina. *Revista de Investigações Constitucionais*, Curitiba, v. 4, nº 1, p. 180, jan./abr. 2017.

Urgem sejam adotadas iniciativas voltadas para enérgica redução do número de demandas judicializadas, com propostas de centros de atividades consensuais e a movimento pela implantação da solução extrajudicial pela realização da *justiça extrajudicial* na esfera da *Jurisdição Administrativa*.

Voltando-se para uma proposta de modelo para Jurisdição Administrativa com base na comparação dos sistemas dos países da Europa e da América Latina, no tópico da execução de decisões judiciais e das medidas executórias, sistematiza o Código Modelo Euro-Americano de Jurisdição Administrativa, organizado por Perlingeiro e Sommermann⁵³:

Art. 57 (Princípios) O tribunal assegurará a completa execução de suas sentenças ou decisões em um prazo razoável.

Art. 58 (Medidas) A fim de obter a completa execução da sentença ou decisão, o tribunal poderá, a qualquer momento, mediante requerimento da parte, adotar as medidas executivas pertinentes, fixando, quando necessário, um prazo.

Pode especialmente:

- a) estabelecer uma multa coercitiva;
- b) penhorar bens da autoridade administrativa que não sejam indispensáveis ao cumprimento de tarefas públicas ou cuja alienação não comprometa um interesse público;
- c) ordenar a execução subsidiária a cargo da autoridade administrativa condenada.

Art. 59 (Multa coercitiva)

(1) Em caso de descumprimento, o tribunal poderá também impor, ouvido o suposto responsável, uma multa coercitiva à autoridade administrativa ou ao funcionário ou agente que tenha descumprido as decisões ou requisições do tribunal.

(2) A multa coercitiva será provisória ou permanente. Deve considerar-se como provisória, salvo se o tribunal tenha decidido pelo seu caráter permanente. É independente dos danos e prejuízos.

Capítulo 2 – Responsabilidade

Art. 60 (Consequência do descumprimento)

(1) A execução das sentenças e decisões é uma obrigação da autoridade administrativa. O seu descumprimento leva à sua responsabilidade patrimonial, assim como à dos funcionários ou agentes envolvidos. A responsabilidade pessoal pressupõe uma atuação dolosa ou culposa.

⁵³ PERLINGEIRO, Ricardo; SOMMERMAN, Karl-Peter (Org.). *Euro-American Code of Administrative Jurisdiction*. Niterói: Editora da UFF, 2014. p. 107-108.

(2) O descumprimento intencional leva, do mesmo modo, à responsabilidade penal dos funcionários ou agentes envolvidos.

O modelo proposto retrata a importância destacada neste texto quanto às sanções punitivas direcionadas aos agentes envolvidos e responsáveis diretamente pelo descumprimento da determinação judicial, como se vê no art. 59 (1) – multa coercitiva pessoal – e no art. 60 (1) – responsabilidade sobre o patrimônio pessoal – independentemente da responsabilidade penal, prevista no art. 60 (2).

É certo que o modelo de *Jurisdição Administrativa* não está acolhido em nosso ordenamento jurídico que tem como base a atração ao Judiciário, sob o fundamento do art. 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal de 1988, admitido assim o princípio da inafastabilidade da jurisdição, também chamado de cláusula do acesso à justiça, como direito público subjetivo do cidadão.

A *Jurisdição Administrativa*, na obra sob o título *Justiça Administrativa* recebeu a definição do catedrático da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra Professor Doutor José Carlos Vieira de Andrade⁵⁴, como sendo o “conjunto institucional ordenado normativamente à resolução de questões de direito administrativo, nascidas de relações jurídico-administrativas, atribuídas por lei à ordem judicial administrativa” – ao qual o professor agrega um indispensável aspecto procedimental, destacando que devem ser julgadas segundo um processo administrativo específico.

O nascer de um sistema de *Jurisdição Administrativa* e da adoção de um código próprio são propostas cujo debate deve ser objeto de aprofundamento e importância imediata, diante da litigiosidade exacerbada em face do Poder Público, sobretudo nas causas ligadas às prestações da saúde pública, onde o tema *Jurisdição Administrativa* pode despertar um caminho proficiente para a solução produtiva desses conflitos.

5. Considerações finais

Na conclusão deste estudo, descreve-se, sobretudo, que para dar eficácia e efetividade ao processo, no âmbito da aplicação das sanções punitivas e coercitivas nas ações judiciais que buscam o cumprimento das medidas judiciais cujo objeto seja o fornecimento de prestações da saúde pela Fazenda Pública, há regras processuais suficientes no Código de Processo Civil de 2015 capazes de viabilizar a realização do direito fundamental à tutela jurisdicional.

O estudo não conclui que há ausência de regras processuais. Pelo contrário, as normas processuais avançaram em outorgar novos instrumentos para permitir que o devedor seja devidamente instado ao cumprimento do preceito a que foi condenado. Estão previstas na legislação processual vigente medidas típicas e atípicas para assegurar o cumprimento das decisões judiciais proferidas em sede de tutela provisória ou definitiva.

⁵⁴ ANDRADE, José Carlos Vieira de. *A Justiça Administrativa*. Coimbra: Almedina, 2017.

Entre as medidas, procede-se com a busca e apreensão que quase sempre resulta frustrada pela ausência do fármaco e/ou insumo, seguida da aplicação de *astreintes* com base no art. 536 § 1º do Código de Processo Civil. A par da oneração dos cofres públicos, o instrumento coercitivo de multas diárias se mostra ineficaz, diante da fragilidade deste meio de pressão psicológica, que não tem a real eficácia de constranger o administrador público.

Constata-se que as *astreintes* acabam apenas sujeitando a Fazenda Pública sem produzir reflexos diretos sobre os agentes causadores diretos do descumprimento da ordem judicial e das pesadas multas financeiras e retiram da saúde recursos que poderiam ser destinados às outras pessoas carentes, também não atendidas em prestações da saúde.

Com tal experiência já acumulada em lides passadas, o Judiciário tem sido frequente em diretamente direcionar o cumprimento das decisões judiciais da saúde para a medida de sequestro de quantia suficiente à aquisição de medicamentos junto à conta bancária por onde transitem receitas públicas de ente devedor, pelo sistema *BACENJUD*, após a obtenção de prévios orçamentos dos fármacos e/ou insumos a serem comprados e a escolha do melhor custo benefício pelo juiz.

Feito o bloqueio e o sequestro da quantia na conta bancária com a transferência para a conta judicial, ocorre a posterior expedição de mandado de pagamento em favor da parte, pessoa necessitada, que fará a aquisição dos medicamentos e/ou insumos de acordo com o orçamento aprovado e fará a prestação de contas no processo, com a apresentação das respectivas notas fiscais.

Tais tarefas realizadas no âmbito de cada processo individual para compra periódica de medicamentos e insumos demonstram que o Judiciário vem sendo uma plataforma de substituição das funções públicas descumpridas pelo Poder Executivo.

O sistema não pode persistir. Constitui verdadeiro acomodamento dos agentes públicos, já habituados com sua reiterada omissão em não ter estoque dos fármacos e insumos e vagas disponíveis para internações e tratamentos.

A demonstração desta tendência ao conformismo com o descumprimento do dever primário está na exacerbação da judicialização da saúde, notadamente para as pessoas que fazem uso de medicamentos de uso contínuo e insumos especiais, assim como para as pessoas que dependem de vagas hospitalares especializadas, internações em tratamento intensivo ou tratamentos médicos específicos. Em certos períodos, o ajuizamento ocorre até para medicamentos ou insumos simples.

Por tais razões, este texto deu destaque à sanção punitiva *contempt of court*, consistente na multa pessoal direcionada aos agentes públicos, prevista no art. 77, caput, IV, §§ 1º a 4º do Código de Processo Civil de 2015, modernizando a anterior previsão do art. 14 do Código de Processo Civil de 1973, sendo penalidade decorrente do descumprimento da ordem judicial – ato caracterizado como atentatório à dignidade da justiça.

A procura pela jurisprudência que retrata o tema *contempt of court* relativamente aos agentes públicos responsáveis pelo cumprimento das decisões da saúde pública não resultou em muitos julgados, havendo até mesmo decisão contrária proferida, com base na ‘teoria do órgão’, o que demonstra que a sanção pessoal ainda não vem sendo aplicada nos processos da saúde pública de forma vigorosa.

Evidentemente, compreende-se a parcimônia na adoção de decisões desta natureza, pois sua utilização com largueza transforma os cargos de Secretário de Saúde Municipal, Estadual e Distrital, assim como o próprio cargo de Ministro da Saúde, **em posição indesejada para qualquer político, diante dos riscos pessoais que assume, envolvendo o patrimônio pessoal.**

É indubitável que o sistema exige aperfeiçoamento diante da exacerbada judicialização da saúde no Brasil, pois a lei processual não resolveu a insistente omissão do Poder Público na área de saúde pública.

O caminho, por óbvio, é o da busca dos meios extrajudiciais sob a primazia dos direitos fundamentais para evitar que a Administração Pública prossiga descumprindo seus deveres primários em relação à população necessitada, que depende exclusivamente da saúde pública para seu tratamento médico e acesso aos fármacos e insumos.

Os meios extrajudiciais urgem sejam voltados primordialmente para a obtenção do consenso entre o hipossuficiente e o Poder Público e devem ser orientados sob a primazia dos direitos fundamentais para evitar que a Administração Pública prossiga descumprindo seus deveres primários em relação à população necessitada, que depende exclusivamente da saúde pública para seu tratamento médico e acesso aos fármacos e insumos.

No Estado do Rio de Janeiro, a Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro busca desde 2008 o entendimento com as Procuradorias do Estado e do Município do Rio de Janeiro, para viabilizar o consenso e diminuir a judicialização exacerbada da saúde. A Defensoria Pública Geral do Estado do Rio de Janeiro, com a coparticipação da Defensoria Pública da União celebrou em 2012, Termo de Convênio com a Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro, Secretaria de Estado de Saúde, Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, Município do Rio de Janeiro e Secretaria Municipal de Saúde do Rio de Janeiro, com a criação da Câmara de Resolução de Litígios de Saúde – CRLS.⁵⁵

A Câmara foi inaugurada em setembro de 2013 inicialmente para demandas de medicamentos, sendo posteriormente estendida para as demais postulações com alcance também sobre internações, transferências, consultas médicas, insumos, utensílios e outras. As estatísticas da CRLS até 2015 indicavam que mais de 50% das solicitações referiam-se a medicamentos, seguidas por 10% para consultas médicas e 7,5% de solicitações de insumos.⁵⁶

⁵⁵ RIO DE JANEIRO. Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro. Núcleo da Fazenda Pública e Tutela Coletiva da Comarca da Capital. Apresentação em slides. *A Câmara de Resolução de Litígios da Saúde*, dez, 2018.

⁵⁶ Idem, dez, 2018.

Atualmente já vigoram convênios de implantação da Câmara de Resolução de Litígios de Saúde em diversos municípios do interior fluminense, muitos dos quais na região metropolitana. O objetivo da Câmara de Resolução de Litígios de Saúde – CRLS é a diminuição da judicialização exacerbada, tendo como propósito o pronto atendimento às prestações das ações da saúde pública, considerando que os procedimentos judiciais, além de burocráticos e dificultosos para a parte, nem sempre são céleres.

O aumento da procura da saúde pública tornou, sobremaneira, importante o trabalho desenvolvido pela Câmara de Resolução de Litígios de Saúde que, por sua vez, vem demonstrando resultado proveitoso com a diminuição da proporção do ajuizamento de ações frente aos atendimentos realizados. Desde o início da Câmara, os dados estatísticos de ajuizamentos reduziram de mais de 80% em 2012 para cerca de 50%, em 2015.⁵⁷

Com efeito, a atuação da câmara de consenso assume especial relevância na conjuntura econômica de alargamento da busca pela saúde pública, em razão da elevação dos custos da saúde privada. A este respeito, a Defensora Pública do Estado do Rio de Janeiro Samantha Monteiro de Oliveira, em entrevista, afirmou ao portal *G1* que alguns pacientes acabaram saindo de planos de saúde e outras pessoas, que antes conseguiam comprar alguns tipos de medicações para doenças crônicas, fazendo esforços graças à economia mais dinâmica, com a recessão, não mais tiveram condição de arcar com esse gasto.⁵⁸

O Estado do Rio de Janeiro, que desponta sair da crise financeira e do Regime de Recuperação Fiscal herdado dos governos anteriores, tem atualmente 52 mil processos da saúde pública na Justiça Estadual, dos quais 69% são relacionados à falta de remédios na rede pública.⁵⁹

O exemplo do Estado Rio de Janeiro, verdadeiro *case*, demonstra que há necessidade efetivo fortalecimento das câmaras de consenso e sua criação onde não existirem, voltadas para a solução dos litígios da saúde.

A criação de sistemas de câmaras de consenso com a participação de agentes públicos integrantes da Administração Pública Federal, Estadual, Municipal e Distrital, conforme a respectiva atribuição e competência, para prevenção dos litígios judiciais na saúde pública, deve assegurar a intermediação entre as necessidades das pessoas assistidas e a atuação administrativa do Executivo, com efetivo poder de adjudicação para as demandas da população, de modo que leve a Administração Pública a atuar como genuíno instrumento de solução das solicitações das prestações da saúde, sem interesse político, fundamentada no princípio da autotutela e do interesse público.

⁵⁷ Idem, dez, 2018.

⁵⁸ CARVALHO, Bárbara; RAMALHO, Guilherme. RJ tem mais de 52 mil processos na Justiça por falhas na saúde. *GloboNews*, 14 jan. 2019.

⁵⁹ Idem, 2019.

Referências

ABERASTURY, Pedro. Execução judicial de sentenças contra o Estado. In: PERLINGEIRO, Ricardo. *Execução contra a Fazenda Pública*. v. 1. Tradução Fernanda Moreira Manhães. Brasília: Centro de Estudos Judiciários, CJE, 2003. p. 41-80. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=2250859>>. Acesso em: 27 abr. 2019.

AMARAL, Guilherme Rizzo. *As astreintes no Processo Civil Brasileiro – multa do Artigo 461 do CPC e outras*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

ASSIS, Araken de. *O contempt of court no direito brasileiro*. Academia Brasileira de Direito Processual Civil, Porto Alegre, 2003. Disponível em: <[http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/araken%20de%20assis\(4\)%20-%20formatado.pdf](http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/araken%20de%20assis(4)%20-%20formatado.pdf)>. Acesso em: 30 jun. 2019.

BARCELLOS, Ana Paula de. Constitucionalização das políticas públicas em matéria de direitos fundamentais: o controle político-social e o controle jurídico no espaço democrático. *Revista de Direito do Estado*, Rio de Janeiro, v.1, n.3, p. 17-54, jul./set. 2006. Apud BARROSO, Luís Roberto. *Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática*, Consultor Jurídico, São Paulo, 22 dez. 2008. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2008-dez-22/judicializacao_ativismo_legitimidade_democratica>. Acesso em: 23 jun. 2019.

BARIONI, Rodrigo. A multa coercitiva para o cumprimento de obrigações de fazer e não fazer: Interação entre a Lei da Ação Civil Pública e o novo Código de Processo Civil. In: MILARÉ, Edis (Coord.) *Ação Civil Pública Após 30 Anos*. São Paulo: RT, 2015. p. 783-802.

BARROSO, Luís Roberto. *Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática*, Consultor Jurídico, São Paulo, 22 dez. 2008. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2008-dez-22/judicializacao_ativismo_legitimidade_democratica>. Acesso em: 23 jun. 2019.

BRASIL. Código de Processo Civil. Brasília. DF: Presidência da República, 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 29 jun. 2019.

_____. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 29 jun. 2019.

_____. Lei Complementar nº 73, 10 de fevereiro de 1993. Institui a Lei Orgânica da Advocacia-Geral da União e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp73.htm>. Acesso em 23 jun. 2019.

_____. Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990. Dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 20 set. 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8080.htm>. Acesso em: 30 jun. 2019.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Acórdão da Primeira Turma no Julgamento do Recurso Especial nº 453.762/RS (2002/0093871-2). Relator: Ministro Luiz Fux. Brasília, 3 de junho de 2003. Publicado em: 17 nov. 2003. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=397828&num_registro=200200938712&data=20031117&formato=PDF>. Acesso em: 06 jun. 2019.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Primeira Seção. Julgamento Representativo de Controvérsia no Recurso Especial nº 1.474.665 - RS (2014/0207479-7). Relator: Ministro Benedito Gonçalves. *Amicus Curiae*: União. Brasília, 26 de abril de 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. Acórdão com Repercussão Geral do Tribunal Pleno no julgamento do Recurso Extraordinário nº 631240 de Minas Gerais. Relator: Min. Roberto Barroso. Brasília, 3 de setembro de 2014. Publicado DJe-220 em 10 nov. 2014.. *Amicus Curiae*: União, Defensoria Pública-Geral da União e Instituto Brasileiro de Direito Previdenciário-IBDP. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=7168938>> . Acesso em: 06 jun. 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. Acórdão do Tribunal Pleno na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.160 do Distrito Federal. Relatora: Min. Cármen Lúcia. Brasília, 1 de agosto de 2018. Publicado DJe-033 em: 19 fev. 2019. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=749178300>>. Acesso em: 06 jun. 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. Decisão proferida na Ação Cível Originária 3095 Piauí. Relator: Min. Edson Fachin. Brasília, 11 de março de 2019. Processo eletrônico DJe-050. Publicação: 14 mar. 2019. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28%28CONTEMPT+OF+COURT%29%29+NAO+S%2EPRES%2E&base=baseMonocraticas&url=http://tinyurl.com/yxdb47j3>>. Acesso em: 06 jun. 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. Plenário. Repercussão Geral no Recurso Extraordinário nº 855.178 Sergipe. Relator: Min. Luiz Fux. Brasília, 5 de março de 2015. Publicado em: 16 de março de 2015. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28RE%24%2ESCLA%2E+E+855178%2ENUM%2E%29+OU+%28RE%2EPRCR%2E+ADJ2+855178%2EPRCR%2E%29&base=baseRepercussao&url=http://tinyurl.com/q6u8omz>>. Acesso em: 29 jun. 2019.

CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de Direito Processual Civil*. v II. São Paulo: Saraiva, 2007.

_____. *Lições de Direito Processual Civil*. v. II. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999.

_____. *Novo Processo Civil Brasileiro*. São Paulo: Atlas, 2015.

CARVALHO, Bárbara; RAMALHO, Guilherme. RJ tem mais de 52 mil processos na Justiça por falhas na saúde. *GloboNews*, 14 jan. 2019. Disponível em: <<https://g1.globo.com/rj/rio-de-janeiro/noticia/2019/01/14/rj-tem-mais-de-52-mil-processos-na-justica-por-falhas-na-saude.ghtml>>. Acesso em: 15 jun. 2019.

CARVALHO, Fabiano. Tutela específica e Fazenda Pública. In: CABRAL, Antonio do Passo; CRAMER, Ronaldo. *Comentários ao Novo Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

CHAUNCEY, Charles. Contempt of Court. *The American Law Register*, v.29, n. 2, p. 81-93, Feb. 1881.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. BacenJud é um sistema que interliga a Justiça ao Banco Central e às instituições bancárias, para agilizar a solicitação de informações e o envio de ordens judiciais ao Sistema Financeiro Nacional, Brasília [s.d.]. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/sistemas/bacenjud>>. Acesso em 29 jun. 2019.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Caso Barbani Duarte y otros vs. Uruguay*. São José, 13 de outubro de 2011.

COUTURE, Eduardo Juan. *Fundamentos do direito processual civil*. Tradução Benedetto Giacobini. Campinas, SP: Red Livros, 1999.

CUNHA, Leonardo Carneiro da. *A Fazenda Pública em juízo*. 13. ed., reform. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*. v. 5. Salvador: Editora Jus Podivm, 2012.

DIDIER JR., Fredie; et al. *Curso de Direito Processual Civil*. v. 5, 5 ed. rev. amp.e atual. Salvador: Editora Juspodvm, 2013.

FARIA, Adriano. A aplicação pessoal das astreintes ao representante da pessoa jurídica de direito público. *De Jure – Revista Jurídica do Ministério Público do Estado de Minas Gerais*, Belo Horizonte, n. 16, p. 513-545, jan./jun. 2011. Disponível em: <<https://vdocuments.com.br/revista-juridica-de-jure-16.html>> . Acesso em 27 abr. 2019.

GRECO, Leonardo. Execução de Liminar em Sede de Mandado de Segurança. In: PERLINGEIRO, Ricardo. *Execução contra a Fazenda Pública*. v. 1. Brasília: Centro de Estudos Judiciários, CJF, 2003. p. 197-227. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=2250859>>. Acesso em: 27 abr. 2019.

HUTCHINSON, Tomás. El proceso de ejecución de sentencias contra el Estado. *Revista Latino Americana de Derecho*, ano I, n. 1, p. 289-355, jan./jun. 2004. Disponível em: <<http://historico.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/revlad/cont/1/art/art8.pdf>>. Acesso em: 27 abr. 2019.

LAWRENCE, William H. Judicial review of variable civil money penalties. *Cincinnati Law Review*, v. 46, p. 373-417, 1977.

LIEBMAN, Enrico Tullio. *Processo de Execução*. São Paulo: Saraiva, 1963.

_____. *Processo de Execução*. São Paulo: Saraiva, 1968.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica processual e tutela dos direitos*. 13 ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

MITIDIERO, Daniel. Processo civil e estado constitucional, p.92. In: SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 780.

MORAES, Alexandre de; et al. *Constituição Federal Comentada*. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

OLIVEIRA, Antônio Ítalo Ribeiro. Da possibilidade de aplicação de multa coercitiva contra agente público: decorrência do direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva. *Revista Jus Navigandi*, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 21, n. 4779, 1 ago. 2016. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/50882>>. Acesso em 29. jun. 2019.

PERLINGEIRO, Ricardo. Desafios Contemporâneos da Justiça Administrativa na América Latina. *Revista de Investigações Constitucionais*, Curitiba, v. 4, nº 1, p. 167-205, jan./abr. 2017.

_____. *Contempt of Court e Fazenda Pública*. Niterói: Eduff, 2015. Disponível em: <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2515372>. Acesso em: 28 abr. 2019.

_____. *Execução contra a Fazenda Pública*. v. 1, Brasília: Centro de Estudos Judiciários, CJE, 2003, p. 507. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=2250859>> . Acesso em: 27 abr. 2019.

_____. *Execução contra a Fazenda Pública*. São Paulo: Malheiros, 1999.

_____; SOMMERMAN, Karl-Peter (Org.). *Euro-American Code of Administrative Jurisdiction*. Niterói: Editora da UFF, 2014.

PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. *Direito processual civil contemporâneo*. v. 2. Astreintes. São Paulo: Saraiva, 2017.

PINTO, Elias Helena. Prefácio. In: CARDOSO, Deiser Mara Rezende. *Advocacia- Geral da União e a Sua Atuação no âmbito da Justiça Administrativa*. Curitiba: Juruá, 2018. p. 11-12. Apud ANDRADE, José Carlos Vieira de. *A Justiça Administrativa*. Coimbra: Almedina, 2017.

REALE, Ana Luísa Fioroni. *A multa astreinte como importante medida de apoio, prevista no ordenamento jurídico brasileiro, diante do artigo 139, IV, do novo Código de Processo Civil*. 2016. Tese (Doutorado em Direito). Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2016. Disponível em: <http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/BibliotecaDigital/BibDigitalLivros/TodosOsLivros/Ana-Lu%C3%ADsa-Fioroni-Reale.pdf> . Acesso em: 27 abr. 2019.

RIO DE JANEIRO. Décima Oitava Câmara Cível Tribunal de Justiça. Decisão Monocrática proferido no julgamento do Agravo de Instrumento nº 0001557-95.2015.8.19.0000. Relator: Desembargador Carlos Eduardo da Fonseca Passos. Rio de Janeiro, 16 de janeiro de 2015. Publicado em: 21 jan. 2015. Disponível em: <<http://www4.tjrj.jus.br/ejud/ConsultaProcesso.aspx?N=201500201045>>. Acesso em: 05 jun. 2019.

_____. Décima Primeira Câmara Cível Tribunal de Justiça. Acórdão proferido no julgamento do Agravo de Instrumento nº 0050212-93.2018.8.19.0000. Relator: Desembar-

gador Otávio Rodrigues. Rio de Janeiro, 7 de novembro de 2018. Publicado em: 8 nov. 2018. Disponível em: <<http://www4.tjrj.jus.br/ejud/ConsultaProcesso.aspx?N=201800266895>>. Acesso em: 05 jun. 2019.

_____. Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro. Núcleo da Fazenda Pública e Tutela Coletiva da Comarca da Capital. Apresentação em slides. *A Câmara de Resolução de Litígios da Saúde*, dez, 2018.

_____. Lei Estadual nº 2.524, de 22 de janeiro de 1996. Disponível em: <<http://alerjln1.alerj.rj.gov.br/contlei.nsf/c8aa0900025feef6032564ec0060dfff/e4192e66fd866b-00032564f8006b866f?OpenDocument>>. Acesso em: 04 jul. 2019.

_____. Órgão Especial do Tribunal de Justiça. Processo Administrativo nº 0013667 68.2011.8.19.0000. Relatora: Desembargadora Leila Mariano. Votação unânime. Rio de Janeiro, 22 de novembro de 2010.

_____. Tribunal de Justiça. Décima Primeira Câmara Cível. Apelação Cível nº 0014054-30.2015.8.19.0037. Relator: Des. Fernando Cerqueira Chagas. Rio de Janeiro, 25 de abril de 2018. Disponível em: <<http://www.tjrj.jus.br>>. Acesso em: 29 jun. 2019.

_____. Vigésima Segunda Câmara Cível. Acórdão proferido no julgamento do Agravo de Instrumento nº 0034979-90.2017.8.19.0000. Relator: Desembargador Rogério de Oliveira Souza. Rio de Janeiro, 3 de outubro de 2017. Publicado em: 04 out. 2017. Disponível em: < <http://www1.tjrj.jus.br/gedcacheweb/default.aspx?UZIP=1&GEDID=00041AAB-6D827DC5F12D20F38FC36F13682EC50709564163&USER=>>>. Acesso em: 05 jul. 2019.

ROSAS, Roberto. A Advocacia-Geral da União. A Constituição Brasileira 1988: interpretações. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1988, apud CYRINO, André Rodrigues. *Advocacia pública. Enciclopédia jurídica da PUC-SP*. Celso Fernandes Campilongo, Álvaro de Azevedo Gonzaga e André Luiz Freire (coords.). Tomo: Direito Administrativo e Constitucional. Vidal Serrano Nunes Jr., Maurício Zockun, Carolina Zancaner Zockun, André Luiz Freire (coord. de tomo). São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. Disponível em: <<https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/25/edicao-1/advocacia-publica>>. Acesso em: 23 jun. 2019.

Capítulo 17

O Resgate da Vocação Histórica do Mandado de Segurança

Gabriel Perlingeiro

Resumo

O texto procura resgatar a vocação histórica do mandado de segurança, como única forma de se postular tutela mandamental contra a Administração Pública com o fito de se proteger direito subjetivo. Inspira-se no entendimento que o Direito brasileiro tem adotado em relação ao mandado de segurança, tratando-o como verdadeiro sucedâneo da ação ordinária. Para tanto, a partir de uma pesquisa documental e doutrinária, revisita a sua história e investiga o seu propósito inicial, demonstrando, que, nos tempos atuais, o sistema de tutela mandamental contra a Administração Pública se encontra deturpado. Por fim, conclui que o problema pode ser resolvido de duas maneiras: pela restauração do mandado de segurança, enquanto único meio de se postular tutela mandamental contra o Poder Público, ou pela progressiva adaptação do rito ordinário às normas procedimentais próprias do direito público, quando utilizado para reger conflitos dessa natureza. Prioriza-se a segunda medida, pois é a que melhor se harmoniza com a cláusula de tutela jurisdicional efetiva.

Palavras-chave

Justiça administrativa, controle judicial do ato administrativo, mandado de segurança, ação ordinária, Fazenda Pública.

Sumário

1. Introdução
2. Origem do mandado de segurança
 - 2.1 Modelos estrangeiros
 - 2.2 História do mandado de segurança no Brasil
3. Fungibilidade entre o mandado de segurança e a ação ordinária
4. Racionalização do sistema de tutela mandamental em face da Administração Pública
5. Conclusão

1. Introdução

O mandado de segurança é o remédio jurídico processual, mas a relação material afirmada em sua petição inicial não guarda qualquer especialidade além das necessárias para a adoção do seu procedimento especial. Tanto isso é verdade que a ação material nele afirmada pode ser igualmente alegada em procedimento comum. A diferença entre o mandado de segurança e o procedimento comum é procedimental.¹

O trecho retirado da obra de Leonardo da Carneiro da Cunha traduz a noção dominante sobre a natureza do mandado de segurança: resume-se ao direito a um procedimento especial de utilização voluntária pelo particular, atualmente previsto na Lei nº 12.016/2009. Trata-se de entendimento igualmente pacificado na jurisprudência.² Assim, no Direito brasileiro, o mandado de segurança consiste em instrumento processual plenamente fungível com a ação ordinária, despidido de qualquer finalidade própria.

A única vantagem declarada do rito do mandado de segurança seria, supostamente, a prioridade da sua tramitação (art. 20). Porém, a lei condiciona o seu uso à existência de direito líquido e certo, vale dizer, que a petição inicial seja acompanhada de prova pré-constituída (art. 1º). Dessa forma, para lhe ser assegurada maior celeridade processual, a parte abdica do seu poder instrutório, colocando-se em posição de absoluta inferioridade no processo. Quando se tem em mente que os prazos direcionados ao juízo são impróprios, e poucos são os magistrados que, na prática, respeitam as prioridades legais de tramitação, não é demais dizer que o mandado de segurança é figura que em nada atrai o autor.

Em verdade, o fato é que, hoje, em função das suas regras distintas de competência, o mandado de segurança funciona como forma de burlar ao juiz natural: como são sucedâneos do ponto de vista da tutela pretendida, a escolha entre os procedimentos ordinário ou especial tende a levar em conta apenas o juízo competente para o seu julgamento.

O cenário é desolador para o mandado de segurança: é visto como um singelo procedimento especial de utilização voluntária pela parte, que ou a prejudica, pois pressupõe a liquidez e a certeza do direito, ou serve de artifício à violação do juiz natural. Como se vê, mantida a fungibilidade preconizada entre a ação ordinária e o mandado de segurança, não há nada que justifique a sobrevivência desse último.

É sob tais circunstâncias que se questiona sobre o futuro do mandado de segurança. Este estudo, a partir de uma pesquisa documental e doutrinária, procura examinar a função desempenhada por tal instrumento processual ao longo da história e verificar como a alte-

¹ CUNHA, Leonardo Carneiro da. *A Fazenda Pública em juízo*. 13 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 513.

² Como exemplo, cita-se: STJ, Corte Especial, EREsp. 1.164.541-AM, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, julgado em 26/12/2015.

ração do sistema tutela mandamental em face da Administração culminou no cenário atual. Para tanto, em primeiro lugar, o autor analisa o nascimento da figura brasileira do mandado de segurança, passando pelas inspirações estrangeiras e pelos institutos jurídicos que a antecederam. Em seguida, revisita a natureza e finalidade idealizadas para o instituto   época que foi implementado no Direito brasileiro, demonstrando a origem da fungibilidade entre ele e a ação ordinária. Por fim, propõe duas medidas alternativas destinadas à racionalização do sistema de tutela mandamental contra o Estado.

2. Origem do mandado de segurança

Com a consolidação do Estado de Direito, surgiu a necessidade de se conferir ao particular meios para provocar o controle da Administração Pública por parte do Judiciário, a fim de tolher excessos das autoridades. Seja pelo desequilíbrio causado pela sua presença seja pela necessidade de se melhor tutelar o interesse público, as normas de direito processual civil, tradicionalmente criadas para a solução de conflitos entre particulares, nunca se revelaram suficientes para reger as lides capitaneadas pelo Poder Público. Por isso, impôs-se a criação de regras próprias de processo, voltadas ao contencioso administrativo.³

Nesse contexto, o mandado de segurança surge, no Brasil, como forma de acionamento do controle jurisdicional da Administração Pública, a disposição do indivíduo cujo direito foi lesado. Nas palavras de Temístocles Brandão Cavalcanti, responsável juntamente com João Mangabeira pela redação da emenda que deu fruto a concepção do instrumento na Constituição de 1934, “não se pretende, através do mandado, apenas evitar os efeitos da execução do ato, mas atingi-lo em sua essência, em suas condições de vida, através da afirmação de sua ilegalidade, do abuso praticado pela autoridade, ocasionando a lesão de um direito individual”.⁴

A sua edição foi inspirada em modelos estrangeiros de reclamações contra o Estado e precedida de outros instrumentos nacionais com o mesmo propósito. São sobre essas figuras antecedentes que o presente t pico se dedicar .

2.1. Modelos estrangeiros

Em respeito ao princípio da separação dos poderes, a Lei de 16-24 de agosto de 1790 instaurou a dualidade de jurisdição na França. Dessa forma, as controvérsias de que o Poder

³ Refere-se   concepção material de contencioso administrativo, “correspondente   idéia de uma ação externa   Administração Pública, e   qual ela necessariamente se submete, tendo como finalidade assegurar a observância da lei e, por via de consequência, garantir os direitos e liberdades públicas. A noção do “*contencioso*” pressupõe, em si mesma, um confronto de interesses opostos a que o sistema jurídico procura oferecer solução apropriada. Para alcançar um resultado justo impõe-se, elementarmente, que tais interesses antagônicos possam ser postulados perante a instância julgadora, a qual, finalmente, deve estar capacitada a emitir um juízo de valor que obrigue às partes desavindas.” (TÁCITO, Caio. Contencioso administrativo. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 133, p. 59-69, jan. 1978, p. 60).

⁴ CAVALCANTI, Temístocles Brandão. Do mandado de segurança. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 37, p. 35-44, jul. 1954, p. 38.

Público faz parte não são resolvidas pelo Judiciário, mas por órgãos decisórios pertencentes à própria Administração, notadamente o Conselho de Estado e os Tribunais Administrativos. Nesse país, a insurreição do particular é veiculada pelos denominados “recurso por excesso de poder” e “recurso de plena jurisdição”. No primeiro, visa-se à tutela de interesse pessoal, econômico ou moral, com vistas à observância da lei, em verdadeiro contencioso objetivo. Assim, não há partes, e a sentença se limita a anular o ato ilegal, produzindo efeito *erga omnes*. A segunda demanda, em contrapartida, objetiva a proteção de direito subjetivo e resulta em decisão com efeitos *inter partes*.⁵

Na Itália, também prevalece um sistema de jurisdição dual. Lá, contudo, nem todos os casos de contencioso administrativo são julgados por órgãos administrativos. Ficam-lhes reservados apenas aquelas hipóteses em que seja alegada violação a “interesse legítimo”, ocasião na qual são provocados pelos ditos “recursos”. A tutela dos “direitos subjetivos”, de outro lado, é da alçada do Judiciário, instado a se pronunciar pela via da “ação judicial”.⁶ Celso Antonio Bandeira de Mello define “interesse legítimo” como:

Aquele em que a norma em questão (a) foi posta no interesse geral, e não no interesse individual. Este é o mais tradicional dos critérios. Foi defendido, entre outros autores mais antigos, por Zanobini, ou (b) consiste em uma norma de ação e não norma de relação, conforme propôs Guicciardi. De acordo com este autor, as normas de ação apenas regulam objetivamente o proceder da Administração, e delas derivam os interesses legítimos. As normas de relação disciplinam situações derivadas de relações jurídicas entre o indivíduo e o Estado, e delas emanam os direitos subjetivos.⁷

Seja em virtude da dualidade da jurisdição seja em virtude da importância da autonomia conceitual de “interesse”, circunstâncias historicamente não reproduzidas no nosso país, o fato é que os modelos francês e italiano de reclamação contra o Estado pouco serviram de influência para o mandado de segurança brasileiro. Com efeito, a maior inspiração veio do México e dos Estados Unidos da América.⁸

No México, o *juicio de amparo*⁹, criado pelo art. 97, I, da Constituição de 1857 e mantido pelo art. 107 da Constituição de 1917, é uma garantia pessoal voltada à proteção judicial do indivíduo contra atos do Poder Público contrários à Lei Magna. O seu uso tem amplo

⁵ BARBI, Celso Agrícola. Do mandado de segurança, 5 ed.. Rio de Janeiro: Forense, 1987, p. 22-24.

⁶ *Ibidem*, p. 27-28.

⁷ MELLO, Celso Antonio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. 21. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 905.

⁸ CAVALCANTI, Temístocles Brandão. *Op. cit.*, p. 37.

⁹ Para uma análise detalhada do “amparo”, ver: CARRILLO, Flores. La justicia federal y la administración pública, Cidade do México: Editorial Porrúa, 1973.

alcance, podendo atingir atos legislativos, administrativos e jurisdicionais. Consiste em verdadeiro controle incidental de constitucionalidade, com vistas à tutela do indivíduo frente ao Estado, sendo imprescindível a alegação de dano pessoal. Uma das suas principais características é a possibilidade de suspender cautelarmente o ato impugnado.¹⁰ A amplitude da proteção conferida pelo amparo   percebida pela descrição de Alfredo Buzaid:

Ele representa o triunfo do sistema federativo e o primado da constituição rígida, servindo para manter, como observou Emílio Rabasa, cada poder nos limites de sua competência em relação às pessoas que podem sofrer arbitrariedades, em relação aos poderes entre si, definidas as suas atribuições, em relação à forma de governo, de modo a assegurar a  o tanto do poder federal quanto do estadual.¹¹

Por sua feita, no ordenamento norte-americano, os direitos do indivíduo são assegurados pelos *remedies*, instrumentos herdados do *common law* inglês. Cuidam-se de vias de utilização subsidiária, que, no direito público, se classificam em *writ of certiorari*, *writ of prohibition* e *writ of mandamus*, cada qual com uma finalidade específica: com o *writ of certiorari*, pretende-se afastar o ato ilegal já praticado; o *writ of prohibition*, por sua vez, ostenta natureza preventiva, antecipando-se ao cometimento do  lcito; por fim, o *writ of mandamus* tem como alvo a omissão da autoridade administrativa despida de poder discricionário, impondo-lhe ordem para agir.¹² Portanto, nos Estados Unidos da América, o objeto t pico do mandado de segurança brasileiro, consistente na tutela do direito subjetivo mediante a remoção ou prevenção de  lcito perpetrado pela Administração Pública, é distribuído a três remédios diferentes que se complementam.

2.2. História do mandado de segurança no Brasil

Durante o período colonial, eram precários os meios de proteção do particular frente   Administração Pública, eis que, por fôrça do brocardo “the king can do no wrong”, a monarquia portuguesa era isenta de qualquer responsabilidade. A partir de 1761, as controvérsias com o Estado eram resolvidas, em instância única, pelo Conselho da Fazenda.¹³

Após a Independência, a Lei de 4 de outubro de 1831 transferiu aos juízes territoriais o exercício da jurisdição contenciosa, com recurso para as Relações do Distrito. Ato contínuo, em 5 de fevereiro de 1842, expediu-se o Regulamento n  124, fixando a competência do Conselho de Estado,  rg o criado nos moldes franceses pelo Decreto de 22 de novembro de 1823, reafirmado na Constituição de 1824 e restabelecido pela Lei n  234 de 29 de novembro de 1841.¹⁴

¹⁰ BUZOID, Alfredo. “Ju cio de amparo” e mandado de segurança (Contrastes e confrontos). Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, v. 56, n. 1, p. 172-231, 1961, p. 205-207.

¹¹ *Ibidem*, p. 203.

¹² BARNETT, Hilaire. Constitutional & Administrative Law. 20  ed. Nova Iorque: Routledge, 2017, p. 643-644.

¹³ BARBI, Celso Agrícola. *Op. cit.*, p. 47-48.

¹⁴ *Ibidem*, p. 48-49.

Provocado por petição apresentada na Secretaria de Estado responsável pela questão discutida (art. 31 do referido regimento), cabiam aos membros do Conselho redigir um parecer que seria submetido ao crivo do Imperador, sob a forma de decreto. O conflito entre jurisdição ordinária e jurisdição administrativa foi objeto de parecer do Conselho de Estado, datado de 1866, aprovado pelo imperador, na qual ficou estabelecido que, ao contencioso administrativo, ficariam reservadas apenas as questões destacadas expressamente pela lei positiva:

O Contencioso Administrativo, que é excepcional, só se compõe das questões, que, ou por atenção   sua natureza ou por conveniência do serviço, são destacadas expressamente por lei do domínio do f ro ordinário para a competência dos tribunaes administrativos, como limitação especial daquela norma ou principio geral. É pois, preciso para isso que haja lei expressa, e não simples conjecturas, razões de conveniência, analogia, ou outros argumentos improcedentes, que não tir o attribuições ao Poder Judiciário, que não desaf r o o cidadão de seus juízes naturaes, e nem dão ao Poder Administrativo o que elle não tem. (...)

Ora, na hypothse vertente d -se ainda mais de uma razão, para que não se possa de modo algum desconhecer a competência judiciária, porquanto, 1 , além de que nem uma lei a attribuiu   competência administrativa; 2 , succede que a questão por sua natureza   civil, regida não por lei administrativa, que não regula contractos, sim pela leis civis.¹⁵

Destaca-se a ressalva de Caio Tácito, segundo quem o Conselho de Estado sequer exercia jurisdição administrativa, eis que tinha função apenas consultiva, e não decisória:

A tradição brasileira fixou-se no sentido do sistema de unidade de jurisdição, a que aderimos nas Constituições da República,   semelhança do modelo norte-americano. Mesmo no Império, como é sabido, o Conselho de Estado não alcançou o estágio de justiça administrativa, mantendo-se antes como órgão consultivo e opinativo, sem atribuições jurisdicionais. Em paralelo com o paradigma francês, ficamos na etapa da chamada *Justice retenue*, não atingindo nosso Conselho de Estado a fase de plena jurisdição que, a partir de 1872, formalizou a posição do colegiado francês como t pico órgão jurisdicional (a chamada *justice déléguée*).¹⁶

Com a proclamação da República e subsequente promulgação da Constituição de 1891, o Conselho de Estado foi extinto, e o Poder Judiciário passou ter competência sobre todas as lides integradas pela Fazenda. Ao processo, eram aplicadas as normas gerais de processo civil.

¹⁵ Documento extraído de BARROS, Henrique do Rego. Apontamentos sobre o contencioso administrativo e sobre os privilegios e prerogativas da Administração nos contractos e transacções que celebra como Poder Público. Rio de Janeiro: Casa dos Editores-proprietarios Eduardo & Henrique Laemmert, 1874, p. 86-87.

¹⁶ TÁCITO, Caio. *Op. cit.*, p. 64.

Percebeu-se, porém, que a legislação processual civil ordinária não atendia à necessidade de proteção rápida e eficaz do indivíduo frente ao Estado. De acordo com Celso Agrícola Barbi, “o principal defeito de que se ressentiam era sua incapacidade para atender aos casos em que o direito violado não pudesse ser substituído pela reparação pecuniária”.¹⁷

Disso se seguiu a tese de Rui Barbosa pela defesa da existência da posse de direitos pessoais, por meio da qual seria possível a utilização na espécie dos procedimentos possessórios, mais  elere e hábil à tutela específica. Os argumentos, porém, não tiveram grande acolhimento nos tribunais e no resto da doutrina.¹⁸

Posteriormente, o art. 13 da Lei n  221 de 20 de novembro de 1894 criou a ação anulatória de atos da administração no âmbito da Justiça Federal, cujo procedimento era sumário e permitia ao autor requerer a suspensão da execução do ato impugnado. A norma foi reproduzida em várias legislações estaduais, como a do Distrito Federal e a de São Paulo.¹⁹ No entanto, a referida ação não atendeu às expectativas iniciais. Alfredo Buzaid explica o seu fracasso: “muito cedo, porém, se desvaneceram as esperanças despertadas pela lei. A causa do mal gro da ação especial parece ter sido o contraste entre a suspensão imediata do ato e o julgamento demorado do pleito”.²⁰

A carência de meios eficazes de tutela dos direitos do particular contra as ilegalidades do Estado deu margem ao surgimento jurisprudencial da conhecida doutrina brasileira do *habeas corpus*. Ampliou-se o âmbito de incidência do *habeas corpus* a fim de torná-lo adequado   garantia de qualquer direito lesado pela Administração Pública, ainda que não fosse de liberdade de locomoção. Seabra M. Fagundes destrincha o raciocínio utilizado pelo Supremo Tribunal para acolher a tese:

Ao *habeas corpus* se atribui latitude que, em país algum, jamais se lhe reconheceu. Os julgados ampliativos do instituto se fundamentam, sobretudo, na correlação entre o exercício do direito de ir e vir e o exercício de outros direitos, acolhendo-se o pedido sempre que o direito de locomoção se mostre essencial ao exercício de um outro, incontestável e líquido. Ao assegurar-se o direito à liberdade de movimento, porque condição para o exercício de um outro – o direito escopo, na conhecida expressão de Pedro Lessa – em verdade se garante o exercício d este outro.²¹

¹⁷ BARBI, Celso Agrícola. *Op. cit.*, p. 54.

¹⁸ TEIXEIRA, Paulo Rodrigues. A posse e os interditos possessórios. Rio de Janeiro: Editora Leite Ribeiro, 1923, p. 54-56.

¹⁹ BARBI, Celso Agrícola. *Op. cit.*, p. 55.

²⁰ BUZAID, Alfredo. Do mandado de segurança. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 44, p. 26-40, jul. 1956, p. 28.

²¹ FAGUNDES, M. Seabra. A evolução do sistema de proteção jurisdiccional dos direitos no Brasil. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 105, p. 1-13, out. 1973, p. 3.

A doutrina sucumbiu com a reforma constitucional de 1926, que restringiu o *habeas corpus* a sua hipótese tradicional. Crescem, assim, as vozes pela criação de um remédio que ocupasse a lacuna gerada pela revisão constitucional.²²

Apesar de o primeiro projeto de lei que instituiu o mandado de segurança remontar   data de 11 de agosto de 1926, de autoria do deputado Gudesteu Pires, apenas com a Carta Constitucional de 1934 foi aprovada a criação do instrumento processual, como remédio, de processo sumaríssimo, voltado à defesa do “direito, certo e incontestável, ameaçado ou violado por ato manifestamente inconstitucional ou ilegal de qualquer autoridade” (art. 113, item 33). Especificou-se, na mesma ocasião, que o processo seria o mesmo do *habeas corpus* e que a medida não prejudicaria o uso das ações petit rias competentes.

O mandado de segurança foi regulamentado pela Lei n  191, de 16 de janeiro de 1936, excluindo do seu âmbito as questões relativas a direito de locomoção, unicamente políticas e a ato disciplinar. O art. 2 ,   1 , do mencionado diploma reiterou que “a decisão do mandado de segurança não impede que a parte reitere a defesa de seu direito por acção competente, nem por esta pleiteie efeitos patrimoniaes não obtidos”.

A partir de 1937, o instituto sofreu restrições, tendo o Decreto-lei n  6, de 16 de novembro de 1937 proibido o seu manejo contra ato do Presidente da República, Ministros de Estado, Governadores e Interventores. Prosseguindo, a Constituição de 1937 se silenciou sobre o mandado de segurança, e o Código de Processo Civil de 1939 limitou ainda mais a sua esfera de incidência, impedindo o seu uso em matéria tributária.

Sob a égide da Carta de 1946, que reintroduziu o mandado de segurança no elenco de garantias constitucionais, foi editada a Lei n  1.533, de 31 de dezembro de 1951, que passou a regulamentar por completo o instituto, constando, no seu art. 15, a possibilidade de o autor pleitear, alternativamente, por a  o própria a tutela dos seus direitos.

As constituições subsequentes mantiveram a previsão expressa do remédio processual. A Constituição de 1988, especificamente, versa sobre o mandado de segurança no seu art. 5 , LXIX e LXX. Atualmente, encontra-se regido, a nível infraconstitucional, pela Lei n  12.016, de 7 de agosto de 2009, destacando que o autor também pode se valer de a  o ordinária (art. 19).

3. Fungibilidade entre o mandado de segurança e a ação ordinária

Examinada a retrospectiva histórica do mandado de segurança, observa-se que, desde a sua g nese, ele convive com a ação ordinária, cabendo ao lesado a escolha entre ambos. Contudo, nem sempre os dois instrumentos processuais foram fungíveis, competindo a cada um deles funções específicas.

²² BUZAID, Alfredo. Do mandado de segurança. *Op. cit.*, p. 29.

Explica-se.   época que foi concebido, o mandado de segurança visava suprir uma lacuna existente na legislação processual pública: a presença de um instrumento capaz de garantir a preservação do direito em face da ilicitude causada pelo Estado, independentemente de indenização. Isso porque, naquele tempo, a ação ordinária, pensada para os moldes do direito privado, se destinava apenas à tutela ressarcitória, garantindo apenas o pagamento de pecúnia.²³ Daí a preocupação em se criar um meio de contencioso administrativo apto a restaurar o direito violado pela autoridade.

Assim, enquanto o rito comum se ocupava com a reparação pecuniária do dano, a ação mandamental buscava evitar ou remover a situação de ilicitude provocada pela Administração. Logo, o mandado de segurança encerrava verdadeira exceção no processo civil brasileiro. Quando presente a ilicitude praticada por autoridade pública contra direito líquido e certo, possibilitava-se ao prejudicado a tutela contra o  lcito, independentemente da ocorrência de dano, impondo   Administração a obrigação de extinguir ou não praticar o ato ilegal.

Esse é o contexto por trás da idealização do mandado de segurança no Brasil.

No entanto, Luiz Guilherme Marinoni e Ricardo Marcondes Martins lembram que, a partir da Lei n  8.952/1994, o que era exceção virou a regra.²⁴ Em primeiro lugar, possibilitou-se, nos casos de dano irreparável ou de difícil reparação, que o juiz, no rito ordinário, antecipasse a tutela definitiva (art. 273 do CPC/1973). Em segundo lugar, previu-se que, em ações de obrigação de fazer ou não-fazer, a conversão em perdas e danos só seria admitida se houvesse pedido do autor ou se se tornasse impossível a tutela específica ou a obtenção do resultado prático correspondente, conferindo ao juiz ainda os poderes necessários para dar efetividade a tal tutela (art. 461 do CPC/1973). Em resumo, colocou-se   disposição da parte as técnicas processuais que lhe possibilitariam, em a  o ordinária, realizar pedido mandamental.²⁵

Remonta a essa ocasião a fixação da plena fungibilidade entre a ação ordinária e o mandado de segurança.

4. Racionalização do sistema de tutela mandamental em face da Administração Pública

Atualmente, a tutela mandamental em face da Administração Pública pode ser veiculada tanto pelo rito comum quanto pelo rito especial do mandado de segurança, cabendo

²³ BARBI, Celso Agrícola. *Op. cit.*, p. 54.

²⁴ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. Novo curso de processo civil: teoria do processo civil, v. 1. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. p. 276; MARTINS, Ricardo Marcondes. A teoria do mandado de segurança diante da evolução do direito processual civil. *Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 8, n. 33, p. 47-90, jul./set. 2008, p. 58-59.

²⁵ Adota-se a classificação quinária das ações, segundo qual condenatória seria a a  o de prestação pecuniária e mandamental seria a a  o de prestação de fazer ou de não fazer. Ver: OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. Efetividade e tutela jurisdiccional. *Revista de Direito Processual Civil*. Curitiba: G nesis, 2004, n. 34, p. 665 a 689.

exclusivamente à parte a escolha entre os procedimentos. De um lado, uma via dotada de ampla dilação probatória, de outro, a imposição da prova pré-constituída. Nesse diapasão, não   difícil imaginar que os únicos fatores que justificariam a escolha pelo rito especial são a tentativa de burla ao juízo natural, proporcionada pelas suas regras especiais de competência, ou a esperança de uma tramitação mais célere, que, na prática, não se confirma. Está-se diante de um sistema deturpado.

Nesse cenário, há inclusive quem pense na extinção do mandado de segurança. Como não possui mais finalidade própria, não haveria nada que justificasse a sua existência aut noma. Amparado em uma análise constitucional da matéria, sustenta-se que a admissibilidade ampla e irrestrita da tutela mandamental no rito ordinário revogou implicitamente o rito especial do *writ*:

O inciso LXIX do artigo 5  da Constitucional da República não garante a propositura da ação prevista constitucionalmente na Lei n  1.533/51, garante a tutela mandamental para a proteção do direito. Com as modificações do Código de Processo, a tutela mandamental tornou-se ordinária, foi estendida ao procedimento ordinário. Conclui-se, enfim: o rito especial previsto na Lei n  1.533/51 não subsiste no sistema normativo. (...)

A extensão da tutela mandamental ao rito ordinário tornou o rito especial da Lei n  1.533/51 incompatível com o texto constitucional. Essa incompatibilidade, interessante notar, não é de ordem substancial, mas de ordem lógica. O rito em si não contradiz o texto maior, a contradição decorre da existência de um rito especial para a tutela mandamental quando esta pode ser pleiteada no rito ordinário. Em suma: a retirada da Lei n  1.533/51 deu-se pelo avanço científico, pela incompatibilidade lógica com esse avanço.²⁶

Sendo assim, o particular disporia apenas da ação ordinária para se defender das ilegalidades perpetradas pelo Estado.

Todavia, ao generalizar o rito comum às relações de direito público, ignora-se a importância das singularidades procedimentais inerentes a um processo de direito público. É por isso que se advoga analisar a situação sob outra perspectiva.

Nessa esteira, sugere-se o esvaziamento da ação ordinária em matéria de controle de ato administrativo. Como visto, o mandado de segurança não foi concebido para ser apenas mais uma opção de tutela contra o  lcito   disposição do particular. Pelo contrário, todas as suas regras procedimentais foram minuciosamente pensadas com o escopo de esta ser a única forma possível de se evitar ou remover o ato ilegal praticado no exercício da função pública. O

²⁶ MARTINS, Ricardo Marcondes. *Op. cit.*, p. 62 e 64.

objetivo da Lei nº 191/1936, posteriormente sucedida pela Lei nº 1.533/1951 e pela Lei nº 12.016/2009, era de servir como verdadeiro estatuto processual de direito público, voltada a todos os casos de controle judicial do ato administrativo com vistas à proteção de direito subjetivo.

Tanto é assim que o diploma traz normas direcionadas às peculiaridades de uma relação processual de direito público, que não são reproduzidas no rito comum: (i) a inviabilidade de dilação probatória, o que coincide com a inabilitação do Judiciário para apreciar questões de fato inerentes à discricionariedade técnica da Administração²⁷; (ii) o prazo extintivo de 120 dias para o exercício da própria pretensão mandamental²⁸, concretizando a segurança jurídica, que, por força da supremacia do interesse público, deve ser maximizada em relação aos atos administrativos²⁹; (iii) a necessidade de se notificar a autoridade coatora, porquanto, dentro de um ente público, a comunicação com o órgão de representação processual é precária; (iv) a intervenção do Ministério Público como fiscal da lei, haja vista a relevância dos interesses públicos subjacentes à lide; (v) a possibilidade de suspensão dos efeitos da liminar ou da sentença pela instância superior em juízo político³⁰, considerando a ponderação de interesses e valores que deve nortear as escolhas públicas; (vi) as restrições à concessão de tutela antecipada contra a Fazenda, pois certas questões, por sua natureza, não podem correr o risco da irreversibilidade de uma medida liminar.

Nota-se que se trata de regras editadas para proteger o interesse público e, por isso, a sua aplicação não pode ficar condicionada ao alvedrio do particular.³¹ Há duas formas de resolver tal impasse e, em consequência, conferir maior racionalização à tutela mandamental em direito público.

Em primeiro lugar, poderia se sustentar o uso compulsório do mandado de segurança como única forma de tutela mandamental em direito público, retirando do particular a

²⁷ Sobre a deferência judicial a decisões técnicas tomadas pela Administração, ver: CAVALLI, Cássio. O controle da discricionariedade administrativa e a discricionariedade técnica. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 251, p. 61-76, 2010; PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di. Discricionariedade técnica e discricionariedade administrativa. *Revista eletrônica de direito administrativo econômico (Redae)*, n. 9, 2007.

²⁸ A assertiva vai de encontro à jurisprudência dos tribunais superiores e à posição da doutrina, para quem o referido prazo possui natureza decadencial e não abala o direito de remover o ato ilegal pela via ordinária. Ver: súmula nº 632 do STF e GOUVEIA FILHO, Roberto Campos; MIRANDA, Gabriela Expósito. O fenômeno processual de acordo com os planos material, pré-processual e processual do direito: breves considerações do tema a partir (e além) do pensamento de Pontes de Miranda. *Revista Brasileira de Direito Processual*, Belo Horizonte: Fórum, v. 89, jan./mar. 2015, p. 80-81.

²⁹ O deputado Moraes Andrade ratificou essa justificativa ao declarar, durante o processo legislativo para a aprovação da Lei nº 191/1936, que “o mandado de segurança, por isso que visa amparar direitos de outra natureza, combater atos que possam criar, e criam necessariamente, situações jurídicas que não podem ficar permanentemente indecisas, variáveis, o mandado de segurança precisa de um termo extintivo breve” (Diário do Poder Legislativo de 13 de novembro de 1935. *Apud* NUNES, Castro. Do mandado de segurança e de outros meios de defesa contra atos do Poder Público. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1954, p. 330).

³⁰ Domina no STJ que o pedido de suspensão ostenta juízo político. Ver: STJ, 2ª Turma. AgRg no AREsp 126.036-RS, Rel. Min. Benedito Gonçalves, julgado em 04/12/2012.

³¹ MARTINS, Ricardo Marcondes. *Op. Cit.*, p. 67.

opção pelo rito ordinário. Se é verdade que a cláusula constitucional da tutela jurisdicional efetiva (CF/88, art. 5º, XXXV) assegura a tutela mandamental na generalidade dos casos, é igualmente certo que o art. 5º, LXIX, da CF/88 garante a tutela mandamental nas relações específicas de direito público. Logo, pelo princípio da especialidade, incidir-se-ia apenas o rito especial nestas hipóteses. Tal medida, contudo, teria o grave inoportuno de restringir sobremaneira o direito de produzir provas e estreitar excessivamente o tempo de acesso aos tribunais, em prejuízo intransigível à concepção mais moderna de tutela judicial efetiva.³² Eis o que diz a Corte Interamericana de Direitos Humanos quanto à limitação da cognição judicial em matéria de fato:

Este Tribunal aproxima-se da Corte Europeia, em termos gerais, ao entender que existe uma revisão judicial suficiente quando o órgão judicial examina todas as alegações e argumentos submetidos a seu conhecimento sobre a decisão do órgão administrativo, sem declinar sua competência ao resolvê-los ou a determinar os fatos. Ao contrário, esta Corte considera que não há uma revisão judicial se o órgão judicial está impedido de determinar o objeto principal da controvérsia, como, por exemplo, ocorre em casos em que se considera limitado pelas determinações fáticas ou jurídicas realizadas pelo órgão administrativo que tiverem sido decisivas na resolução do caso.³³

Por isso, dá-se primazia a uma segunda proposta, vale dizer, à progressiva adaptação do rito comum às regras do direito processual público, próprias do mandado de segurança, quando diante de controvérsias dessa natureza. É o que Ricardo Marcondes Martins chamou de especialização do rito ordinário.³⁴ Este parece, inclusive, ser o caminho que o legislador tem adotado para contornar o problema. Cita-se como exemplo a Lei nº 9.494/1997, que estendeu às ações ordinárias as restrições à concessão de liminar contra o ente público, bem como a possibilidade de a Fazenda se valer do incidente de suspensão de liminar no tribunal (art. 1º); o Código de Processo Civil de 2015, que obrigou a presença do Ministério Público nos processos que envolvam interesse público (art. 178, I), duplicou o prazo para as manifestações da Fazenda e impôs a sua intimação pessoal (art. 183); ou a Lei nº 13.655/2018, que, reformando a Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro, impôs ao julgador uma postura consequencialista, que transcende ao mero controle de legalidade da Administração Pública (arts. 20 e 21). Dessa forma, o rito comum é paulatinamente temperado com regras

³² Caio Tácito já reputava a liberdade de produção de prova como elemento imprescindível à garantia de um processo contraditório adequado no contencioso administrativo. Ver: TÁCITO, Caio. *Op. cit.*, p. 60.

³³ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Caso Barbiani Duarte y otros vs. Uruguay, São José, 13 de outubro de 2011, § 204.

³⁴ MARTINS, Ricardo Marcondes. *Op. Cit.*, p. 68.

que se adequam às vicissitudes das funções públicas, reduzindo a repercussão da vontade da parte na definição do procedimento de contencioso administrativo.

5. Conclusão

Analisada a história do mandado de segurança, conclui-se que ele perdeu a sua principal característica, vale dizer, a de ser o único meio capaz de postular tutela mandamental contra a Administração Pública, a fim de se proteger direito subjetivo. A partir da Lei nº 8.952/1994, o rito ordinário passa a desempenhar a mesma função do *writ*, competindo ao arbítrio do particular a escolha entre os ritos. Ocorre que enquanto o primeiro traduz-se em regras procedimentais genéricas, o segundo reflete-se em normas imprescindíveis às peculiaridades de uma relação processual de direito público, muitas vezes, prejudiciais ao particular. Assim, condicionar a aplicação de regras voltadas à defesa do interesse público à livre vontade da parte revela a deturpação do sistema de tutela mandamental contra o Poder Público.

Nesse contexto, vislumbrou-se duas formas para lhe conferir maior racionalização.

De um lado, a restauração da vocação histórica do mandado de segurança enquanto único meio de se postular tutela mandamental contra a Administração Pública. De outro, a adaptação do rito ordinário às normas procedimentais próprias do direito público, quando utilizado para reger conflitos dessa natureza. Foi dada prioridade à segunda medida, pois é a que melhor se harmoniza com a cláusula da tutela jurisdicional efetiva.

Ignorar o problema e as suas possíveis soluções implica grave risco ao interesse público, que, atualmente, não encontra no rito comum as regras necessárias à sua preservação.

Referências

- ARAGÃO, João Guilherme de. O contencioso administrativo no estado de direito. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 132, p. 1-31, jan. 1978.
- BARBI, Celso Agrícola. Do mandado de segurança, 5^a ed. Rio de Janeiro: Forense, 1987.
- BARNETT, Hilaire. *Contitutional & Administrative Law*. 20^a ed. Nova Iorque: Routledge, 2017, p. 643-644.
- BARROS, Henrique do Rego. Apontamentos sobre o contencioso administrativo e sobre os privilegios e prerogativas da Administração nos contractos e transacções que celebra como Poder Público. Rio de Janeiro: Cada dos Editores-proprietarios Eduardo & Henrique Laemmert, 1874.
- BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, 1^a Turma, AgRg no REsp. 635.649-SC, Rel. Min. Luiz Fux, julgado em 21/10/2004.
- _____. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, Corte Especial, EREsp. 1.164.541-AM, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, julgado em 26/12/2015;
- _____. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, 2^a Turma. AgRg no AREsp 126.036-RS, Rel. Min. Benedito Gonçalves, julgado em 04/12/2012.
- BUZAID, Alfredo. “Juicio de amparo” e mandado de segurança (Contrastes e confrontos). *Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo*, v. 56, n. 1, p. 172-231, 1961, p. 205-207.
- _____. Alfredo. Do mandado de segurança. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 44, p. 26-40, jul. 1956.
- CARRILLO, Flores. *La justicia federal y la administración pública*, Cidade do México: Editorial Porrúa, 1973.
- CAVALCANTI, Temístocles Brandão. Do mandado de segurança. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 37, p. 35-44, jul. 1954.
- CAVALLI, Cássio. O controle da discricionariedade administrativa e a discricionariedade técnica. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 251, p. 61-76, 2010;
- CUNHA, Leonardo Carneiro da. *A Fazenda Pública em juízo*. 13^a ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.
- FAGUNDES, M. Seabra. A evolução do sistema de proteção jurisdiccional dos direitos no Brasil. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 105, p. 1-13, out. 1973.
- GOUVEIA FILHO, Roberto Campos; MIRANDA, Gabriela Expósito. O fenômeno processual de acordo com os planos material, pré-processual e processual do direito: breves considerações do tema a partir (e além) do pensamento de Pontes de Miranda. *Revista Brasileira de Direito Processual*, Belo Horizonte: Fórum, v. 89, jan./mar. 2015.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. Novo curso de processo civil: teoria do processo civil, v. 1. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

MARTINS, Ricardo Marcondes. A teoria do mandado de segurança diante da evolução do direito processual civil. *Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 8, n. 33, p. 47-90, jul./set. 2008.

NUNES, Castro. Do mandado de segurança e de outros meios de defesa contra atos do Poder Público. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1954.

OEA. CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Caso Barba ni Duarte y otros vs. Uruguay, São José, 13 de outubro de 2011,   204.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. Efetividade e tutela jurisdicional. *Revista de Direito Processual Civil*. Curitiba: G nesis, 2004, n. 34.

PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di. Discricionariedade técnica e discricionariedade administrativa. *Revista eletrônica de direito administrativo econômico (Redae)*, n. 9, 2007.

TÁCITO, Caio. Contencioso administrativo. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 133, p. 59-69, jan. 1978.

TEIXEIRA, Paulo Rodrigues. A posse e os interditos possessórios. Rio de Janeiro: Editora Leite Ribeiro, 1923.

URUGUAY, Visconde do. Ensaio sobre o direito administrativo. Rio de Janeiro: Typografia Nacional, 1862.

Abstracts and Keywords in English

Chapter 1

A definition of "administrative justice" [sufficiently precise] to permit comparative studies of the concept | *by Ricardo Perlingeiro; Luísa Silva Schmidt*

- **Abstract** | This paper is aimed at outlining a concept of administrative justice as a system that covering the relationships between individuals and the State, broken down into three main types of decision: the initial decisions of the administrative authorities (implementation or front-line decisions), the review of such decisions in the administrative sphere (adjudication) and judicial review. The characteristics of these decision-making phases, the authorities in charge of them and the role assigned to each in obtaining a correct and efficient result give rise to different models of administrative justice. With a view to improving the Brazilian system, this study endeavors to lay the conceptual foundations necessary for comparative analysis by delimiting the notions of administrative justice as well as judicial and extrajudicial (adjudicative) resolution of administrative disputes, and by analyzing the influence of civil law and common law systems on the formation of the Brazilian legal culture).
- **Keywords** | Common law, fair trial, administrative authorities.

Part 1

Chapter 2

Administrative functions of implementation, control of administrative decisions and rights protection | *by Ricardo Perlingeiro*

- **Abstract** | This essay includes a comparative analysis of the traditions of administrative law in Latin American and their impact on the contemporary scene and trends in the general orientations of the its administrative justice systems. This analysis is limited to Latin Ame-

ican countries of Iberian origin under the jurisdiction of the Inter-American Court of Human Rights (“I/A Court H.R”). The method followed by the author is to point out the roles attributable to the administrative authorities and to attempt to identify a distinction in Latin America between the “administrative function of implementation”, “control of the legality of administrative decisions” (unrelated to any adjudicative function) and the “protection of rights” (by means of an adjudicative function) while examining their historical genesis and possible future trends. From that perspective, the text discusses certain administrative powers, such as disciplinary or other regulatory powers, and their forms of concrete application; the prerogatives and instruments of the authorities and of their decision-making employees in the exercise of the functions of implementation; the control of administrative decisions by those authorities themselves and by external bodies; and judicial and extrajudicial protection of rights against administrative decisions. The author concludes that Latin American administrative law, despite the fact that its civil-law substantive roots have always coexisted with judicial review typical of common law, is currently tending, on the one hand, to approximate the US model of administrative adjudication and, on the other, to adapt to I/A Court H.R case law with respect to the administrative function of implementation in harmony with the fundamental right to good administration which, combined with a critical re-examination of diffuse control of the legality of administrative rules in court, would safeguard the true role of adjudicating bodies (administrative authorities or courts) in their function of protecting individual rights for the sake of more fair and equitable administrative justice.

• **Keywords** | Latin American, comparative law, administrative justice, courts.

Chapter 3

The principle of access to justice in the area of the Administrative Justice: Justice as value | *by Flávia Martins Affonso*

• **Abstract** | The right of access to justice, understood as a value and not to be confused with the Judiciary, is fundamentally the right of access to the just legal order. In the complexity of today's society, the Judiciary has shown itself to be insufficient to solve many social demands, notably the failure to provide public services. The principle of access to justice has the power to make the foresight of rights real and democratic. Administrative Justice overflows the limits of the Judiciary, and involves administrative decision-making bodies and dialogue mechanisms. Hence the thesis proposes the reading of an “access to administrative justice”, which should be seen in a broader way, which can not only mean access to the Judiciary, but also to administrative institutions and agencies. In affirming justice as a value and assuming the need for mechanisms of dialogue between the Administration and the citizens, the paper

aims to maintain that the principle of access to justice should be carried over to administrative procedures and administrative decision-making bodies. As methodology, the hermeneutic method was used. In this sense, because we understand the need in the current society to open direct dialogue between the participants, it is argued that the existence of the principle of access to justice is not linked to the limits of the Judiciary.

• **Keywords** | Justice as value; access to justice, administrative justice, emancipated citizen.

Chapter 4

The dysform identity of brazilian administrative justice: Historical reasons & institutional propositions | *by Nathália de Paula Brandão*

• **Abstract** | It proceeds to the historical-comparative analysis of some aspects of the models of the European and American administrative justice, in order to extract its influences in the Brazilian model of administrative jurisdiction. In light of the peculiarities immanent to each system, and of the symptoms that affect the inefficiency of the current Brazilian model, the objective of this work is to analyze and formulate improvement proposals on the institutional design of “administrative justice” in Brazil.

• **Keywords** | Administrative law, comparative law, administrative justice, public administration.

Part 2

Chapter 5

For a Due Administrative Process | *by Fernando Reverendo Vidal Akaoui; Marcelo Lamy; Danilo de Oliveira*

• **Abstract** | This article aims to demonstrate that, despite the contemporary administrative process have guarantees regarding the needs for due process, some old practices, of a historic moment when the administrative process was at the service of the Public Administration, without caring about the administered, are still observed. We try to demonstrate that there is a need an adequate reading of the current rules, in order to give the administrative process the constitutional and legal guarantees that the administered effectively deserves, in true admission that they are not always wrong, and have the right to face the Public Administration with arms parity. What is actually proposed is a new administrative process.

• **Keywords** | Due administrative process, new administrative process, principles of administrative process.

Chapter 6

The necessary impartiality of the tax authorities: a new approach to the functions of judgment in Brazilian tax litigation | *by Lara de Souza Bitencourt*

• **Abstract** | The present article, based on the importance of federal tax administrative litigation in the construction of what is meant by fiscal justice, plunges into the controversies that involve the structure and organization of its main decision-making body, with the intention of rethinking it from the harmony between the guarantees and principles that govern it with those that govern the judicial processes. In this sense, this paper analyzes the federal second administrative body, called the Administrative Council of Tax Appeals (CARF), responsible for reviewing federal tax litigation in Brazil, leading to reflection on how its parity structure and the lack of independence of its judges may disclose a violation of one of the main principles to be safeguarded in any decision-making act: the impartiality of the judgment. Given this, inspired by the Model Code of Administrative Proceedings - Judicial and Extrajudicial - for Ibero-America, especially with regard to the organization and institutional guarantees of judges linked to the Judiciary, the article proposes a reformulation of the system of entry and guarantees of CARF advisers, so that it is better able to act as a real means of solving conflicts, reducing the exacerbated judicialization, while attending with technique and experience the demands of taxpayers.

• **Keywords** | CARF, impartiality, independence, guarantees, tax administrative justice.

Chapter 7

Protection of legitimate trust: exclusive duty of courts? | *by Augusto Moutella Nepomuceno*

• **Abstract** | Initially, the guiding aspects of the research and the reflection on how much (protection) legitimate trust is related to the fact or not an exclusivity of the application of part of the courts in the stage scenario. Thus, although there is a protagonist of this analysis in the Brazilian legal environment, it is inevitable that it influences not only part of the already mentioned West Germany after the second war, but also French revolutionary ideas and not so much in British conservatism, which incredibly have features similarity with direct normative or even collateralized reality, which means ideologically or principle, when it is the best in the Americas, more precisely in Latin America. With that, understood or moment of constitutive origin and its path influenced in Europe and all the conventionalism that makes the Americas, check if there is much more than an idea that can be considered and materialized in a principled way, or device in some cases, if you believe address the very

essence of the whole government. It is necessary to realize that when synchronizing or listening to the principle of others as good faith and legal certainty, or even searching for alleged fragments, as in a paleontological search, it does not meet the need to be clear and effectively disabled in the literal sense, as part of this dichotomy, administration and administered. If you realize once again in Brazilian law, it is the judiciary that maintains the threshold, given the absence of its triad pairs of state powers, a need to judge the other fundamental principles of government performance. Often, such an act, although inevitable and sanitizing, is declared to be the judicialization of politics or even public administration, but this is an administrative act prevalent in the executive branch that does not show palpable minimal signs of absorption and, mainly, effectiveness in the use of legitimate trust, or that promote this distance to understand the principle as something inseparable in the attitudes of public authority. Therefore, it is not possible to consult how appropriate that legitimate expectations will remain prohibited in Brazil by precedents, linking to institutions that execute their laws and management acts demonstrating knowledge and specific interference in a concrete way.

• **Keywords** | Legitimate trust, public administration, public functions, state powers.

Chapter 8

Administrative jurisdiction as an essential control of the regulatory agencies | *by Paulo André Espirito Santo Bonfadini*

• **Abstract** | Article that addresses the importance of administrative jurisdiction as control of the activity exercised by regulatory agencies. With the analysis of administrative justice - its origin and functioning in Brazil and in the countries that adopt it in a structured way -, the work proposes possible ways to resolve conflicts in the administrative area, notably when resulting from the application of the rules issued by the agencies. Based on the premise that jurisdiction is a state activity also exercised within the scope of the Administration to resolve its conflicts with and the administrators, the work seeks to demonstrate that the system of unified jurisdiction adopted in Brazil does not constitute an obstacle to its structuring. The legal system of the United States of America serves as an important comparison for the idea discussed here, considering the system of unified jurisdiction adopted there and the functioning of independent bodies of administrative jurisdiction within the structure of US agencies. Without removing from the Judiciary the power to carry out the judicial review and make the last decision, this paper seeks to demonstrate how important it is to structure an administrative jurisdiction within the scope of Brazilian agencies. Such structuring of a locus of administrative conflict resolution can reduce the high number of lawsuits questioning the acts of regulatory agencies, in addition to facilitating the activity of reviewing these acts by the Judiciary.

- **Keywords** | Jurisdiction, administrative justice, regulatory agencies, control of regulatory activity, conflict resolution.

Part 3

Chapter 9

Administrative adjudication by the public prosecution service | *by José Marinho Paulo Junior*

• **Abstract** | This article aims to assess if the Brazilian Public Prosecution Service (PPS), re-designed by the 1988 Constitution, is an active part of the adjudication process. Limited the research to its administrative functions, the PPS is analyzed as a public negotiator under the transdisciplinary light of the conflict resolution science, reframing the concept of adjudication and advocating the remodeling of the administrative justice in Brazil. The article concludes that Brazilian PPS is invested with adjudicative powers under deferent judicial review and its agreements are enforceable to third parties.

- **Keywords** | Public prosecution service, conflicts resolution, shared adjudication, administrative justice.

Chapter 10

The effectiveness of the extra-judicial performance of the Prosecution Service: considerations about the conduct adjustment agreement in environmental matter | *by Luciana Fernandes Portal Lima Gadelha*

• **Abstract** | The text deals with the obstacles to the effectiveness of the extra-judicial performance of the Prosecution Service, especially the conduct adjustment agreement in environmental matter, pointing out ways to improve this important extra-procedural instrument for resolving disputes. Problems are pointed out with respect to the openness of the adjustment, inquisitorial character as well as reasonable duration of civil investigation, enforcement measures and compliance of the conduct adjustment agreement, aspects regarding the economic analysis of the law, discretionary of these instruments, as well as a criticism of the agreements and depoliticization environmental conflicts. It is understood that despite the challenges faced by the extrajudicial performance of the Prosecution Service, conduct adjustment agreements are the most appropriate instrument for protecting the environment (in comparison with others, such as arbitration), preserving the search for Judiciary Branch as the last measure.

- **Keywords** | Prosecution service, conduct adjustment agreement, environmental law.

Part 4

Chapter 11

Consensus solutions related to public treasure: the example of “friendly” expropriations | *by Guilherme Calmon Nogueira da Gama*

- **Abstract** | Since the mid-nineties, the Brazilian law has gone through approach changes concerning issues related to public administration and its disputes with citizens, which has impacted the functioning of the justice system. Based on projects and activities developed by the National Council of Justice, a system has been developed aiming at the implementation of organs, institutes and norms in order to achieve a consensual settlement of conflicts. In order to allow the development of such issues, the theme of judicial deference under Brazilian law was chosen regarding the role of the judiciary in the issue of property expropriation, not only in matters related to “friendly” (or consensual) one, but also in the aspects related to judicial expropriation and the limits of the Judiciary Branch. The paper seeks to develop these points from the perspective of a new model of conflict resolution in contemporary society, identifying appropriate and effective mechanisms for settlement in accordance with constitutional principles in order to allow access to justice, even in matters involving Public administration.
- **Keywords** | Access to justice, judicial deference, administrative authorities.

Chapter 12

The administrative law of consensus and the need for the “new normal” | *by Bernard dos Reis Alô*

- **Abstract** | The dystopian reality generated by the pandemic forced the world to adapt quickly. In the scope of legal practices, it was no different. In a matter of weeks, changes were accelerated that legal operators still considered distant. In terms of conflict resolution, it is no different, and it is necessary to rethink old practices, notably in relation to conflicts involving public administration. Directly or indirectly, public administration will be even more demanded, in a “new normality”, in which the performance of the State, through social rights, will necessarily be revisited. In order to avoid paralysis of the judicial machine, an additional effort is needed to increase the so-called Multi-door Courthouse System. Its basic ideology concerns the use of different extrajudicial means in the search for conflict resolution, allowing the option that best suits the interests of the parties to be used. The creation of entirely new structures is not advocated. Consecrated initiatives can be adapted to the new themes

that arise. Any initiative related to out-of-court conflict resolution requires the valorization of the theory of institutional dialogues. Controversies must be resolved through a dialogical activity, problematizing the isolationist behavior of institutions. The idea of judicial supremacy remains, but it is not to be confused with the concept of judicial monopoly. However, there is still resistance from some institutions. The issue does not demand major legislative innovations, but rather a cultural change. The culture of the sentence, still in force in Brazilian law, which tends to solve the conflict in a individual and authoritative way, should open space for the culture of consensus, based on the legitimacy of the result.

• **Keywords** | Civil procedure, public administration, dejudicialization.

Chapter 13

Appropriateness of mediation and conciliation in administrative law | *by Alexandre Lins Giraldes*

• **Abstract** | This article has the purpose of reflecting on the pressing need, in this pandemic moment, to expand the effectiveness of other alternative means of resolving disputes within the scope of the Public Power. Reinforce the importance of this new jurisdiction paradigm that emerges from the current procedural concept, reaffirmed through the Civil Procedure Code/2015, and which finds accommodation within the scope of public law, as well as underpinning the Constitution and current legislation. Furthermore, examine, in a concise manner, principles common to Administrative Law that, in principle, are taken away by public advocacy as obstacles to the implementation of such alternative measures in the administration and Judiciary environment. Finally, analyze the feasibility of implementing the self-composition mechanisms as a means to grant an efficient provision of public and jurisdictional services, in addition to increasing effectiveness and economy to the public purse.

• **Keywords** | Human rights, inter-American human rights system, conventionality control, public administration.

Part 5

Chapter 14

Judicial review of administrative acts: a setting with multiple views | *by Fernanda Duarte; Rafael Mario Iorio Filho*

- **Abstract** | Considering law as a system of cultural codes and that the decisions made by judges are guided by what we call decision-making grammar (here understood as the formulas, mentalities, ideas, logical rules that inform the discursive mental decision-making processes), in this paper we intend to explore the idea that the judicial decisions of the Brazilian Supreme Federal Court, regarding the possibility of reviewing discretionary administrative acts, do not form consensus. They are guided by a “*disputatio* mindset” - one of the rules of decision-making grammar - which ends up presiding over the court judgments. This lack of consensus produces a multiplicity of “understandings” that end up naturalizing the application of the law in a particularized way, doing little to reinforce security and equality.
- **Keywords** | Judicial review of administrative acts, Brazilian Supreme Court, decision-making grammar; *disputatio* mindset.

Chapter 15

Essay on the theory of binding effects of the ratio decidendi and its capacity to maximize fundamental rights | *by Carolline de Abreu Nunes Longo*

- **Abstract** | Based on art. 102, paragraph 2, of the Federal Constitution, the decisions issued in the concentrated control of constitutionality are endowed with two peculiar characteristics: *erga omnes* effectiveness and the binding effect before the judiciary and public administration. While *erga omnes* effectiveness has the power to withdraw from the legal world the unconstitutional norm that triggered the process, the binding effect has the prerogative to go further, expelling all laws and rules held to be unconstitutional for the same reasons. This definition has an assumption: the theory of the binding effects of the ratio decidendi, which, in short, recognizes binding effect not only on the provisions of the judgment handed down by the Federal Supreme Court but also on the grounds on which the decision was based. Due to the binding effects of the ratio decidendi, it's possible to file a claim directly to the Federal Supreme Court (STF) to guarantee the authority of its decision in view of any administrative or judicial act that contradicts the constitutional interpretation established by the Court (in the context of concentrated control of constitutionality). The relevant controversy to this

paper appears from the discussion about the limits of the binding effect, it means: the admissibility or not of the theory of binding effects of the *ratio decidendi*, since doctrine and case law disagrees on this point. In this sense, although the current case law of the STF restrict binding effect to the provisions of the judgment, a careful case-law analysis shows a shift on STF case law - without any overruling. Considering the reasons for importing the German theory into Brazilian law and the alignment between common law and civil law, this paper intends to demonstrate the need to respect the *ratio decidendi*, especially in view of the new Brazilian Code of Civil Procedure. Then, the theory is presented as a necessary instrument for the maximum realization of fundamental rights, since through this application it is possible to guarantee respect for the principle of isonomy, as well as to guarantee legal certainty and also to implement the main characteristics of fundamental rights.

• **Keywords** | Binding precedent, *ratio decidendi*, fundamental rights.

Chapter 16

Punitive and coercion penalties in the implementation of judicial decisions that implicate public administration under health obligations | by Arnaldo Goldemberg

• **Abstract** | The text describes the consequences of noncompliance with the primary duty of the public agent for not supplying drugs and supplies, including when determined as a matter of urgency or enforcement, requiring punitive and coercive sanctions to be enforced in the enforcement of judgments of the State, analyzing, in the face of the principle of maximum effectiveness, effective measures of search and seizure, arrest of public funds in bank accounts and fines, characterized by the application of a fine to the State and a personal fine that falls on the administrator public. It also analyzes the possible lack of representativeness (legitimacy) of public advocacy in promoting the personal defense of the public agent. In its context, the author seeks to demonstrate that there has been a systematic substitution of the executive's role, which, by not fulfilling its primary functions, ends up transferring its duties to the judiciary, in true "provoked" judicial activism.

• **Keywords** | Judicial implementation of health obligations, noncompliance with the primary duty of the public agent, punitive and coercion penalties.

Chapter 17

The rescue of the historical vocation of the brazilian *mandado de segurança* judicial claims | *by Gabriel Perlingeiro*

• **Abstract** | The text seeks to rescue the historical vocation of the *mandado de segurança*, as the only form to protect right against the administrative authority, with a mandatory order. It draws on the understanding that Brazilian law has adopted regarding the *mandado de segurança*, treating it as a true substitute for ordinary action. To do so, based on a documentary and doctrinal research, it revisits its history and investigates its initial purpose, demonstrating that, in current times, the system of mandatory order against the administrative authority is distorted. Finally, he concludes that the problem can be solved in two ways: by restoring the *mandado de segurança* as the only way of imposing mandatory order against the administrative authority, or by gradually adapting the ordinary procedure to public law, when used to govern conflicts of this nature. It was given priority to the second measure, since it is the one that matches the fundamental right to a fair trial.

• **Keywords** | Administrative justice, judicial review, *mandado de segurança*, ordinary action, administrative authority.

Autores

Alexandre Lins Giraldes

• É graduado em Direito pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Mestrando em Direito pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Estácio de Sá. É Oficial de Justiça da Justiça Federal de 1ª instância no Rio de Janeiro. Exerce o cargo de Diretor de Secretaria da 3ª VFEF do Rio de Janeiro desde 1999. Foi servidor do Ministério Público Estadual do Rio de Janeiro e se encontra no quadro de servidores da Justiça Federal do Rio de Janeiro desde 1994.

Contato: riquinho88@globo.com

Arnaldo Goldemberg

• Graduado em Direito pela UERJ (1989), é Especialista em Direito do Trabalho e Previdenciário pela UNESA (2000), Mestre em Direito Econômico pela UNIG (2006) e Doutorando do Programa de Pós-Graduação em Direito da UNESA, na linha de pesquisa de Processo Civil. É professor efetivo da Faculdade Nacional de Direito da UFRJ, das disciplinas de Prática Jurídica I e II, contando com diversas orientações e participações em bancas da graduação, além de produções bibliográficas. Defensor Público de Classe Especial, titular do órgão de atuação junto à 11ª Câmara Cível do TJ-RJ, apresenta vasta experiência de atuação em processos judiciais que demandam prestações da Fazenda Pública.

Contato: arnaldo.goldemberg@yahoo.com.br

Augusto Moutella Nepomuceno

• É Doutorando em Direito (Acesso à justiça) pela Universidade Estácio de Sá. Mestre em direito (Estado e Regulação) pela Universidade Candido Mendes. Pós graduado pela universidade Gama Filho. Advogado Fundacional (FABOM/CBMERJ). Advogado. Árbitro em direito administrativo (CAMES/Rio). Consultor e parecerista em direito do Estado e Regulação com ênfase nas relações entre Poder público e iniciativa privada. Membro diretor do Instituto de Direito Administrativo do Rio de Janeiro IDARJ.

Contato: professoraaugustomn@gmail.com

Bernard dos Reis Alô

• É Mestre em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidade Federal Fluminense. Bacharel em Direito pela Universidade Federal Fluminense. Defensor Público Federal Titular do 1º Ofício Cível e Previdenciário da DPU – Niterói. Autor do livro “O papel da Defensoria Pública na desjudicialização do direito à saúde”. Tem se dedicado ao estudo de temas relacionados ao acesso à justiça e demandas em face da Administração Pública, com ênfase na desjudicialização e métodos alternativos de solução de conflitos.

Contato: bernard.reis.alo@gmail.com

Carolline de Abreu Nunes Longo

• É graduada em Direito pela Universidade Federal Fluminense. Possui curso de extensão em Empreendedorismo e Inovação pela UFF e é pós-graduanda em Direito e Tecnologia, com ênfase em Direito Público, GovTech e RegTech pelo Instituto New Law. Advogada in-house, com experiência em contencioso regulatório, direito constitucional e direito empresarial.

Contato: carollinelongo@gmail.com

Danilo de Oliveira

• É Advogado (Lamy, Oliveira & Santos Sociedade de Advogados). Professor de Direito e Coordenador do Núcleo de Pesquisa e Produção Científicas do Curso de Direito da Universidade Santa Cecília. Mestre em Direito (Pontifícia Universidade Católica de São Paulo). Doutorando em Direito (Pontifícia Universidade Católica de São Paulo).

Contato: danilooliveira@unisanta.br

Fernanda Duarte

• É doutora em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro e graduada em língua inglesa pela Cambridge University. É professora associada Faculdade de Direito da Universidade Federal Fluminense (UFF) e professora adjunta do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Estácio de Sá (UNESA). Coordena o CRN1 “Comparative Constitutional Law and Legal Culture: Asia and the Americas” no âmbito da Law and Society Association/LSA- EUA. Foi bolsista do Departamento de Estado Norte-Americano no Programa International Visitors IV. É Global Ethics Fellow Alumna of the Carnegie Council for Ethics in International Affairs (Nova York, EUA). É professora visitante na Mercer School of Law (Macon/GA, EUA) e professora convidada do “War

and Peace – Oxford Initiative for Global Ethics” (Oxford University, GB). Tem coordenado projetos internacionais de pesquisa na área de direitos humanos e estudos comparados em administração de conflitos e acesso à justiça.

Contato: fduarte1969@yahoo.com.br

Fernando Reverendo Vidal Akaoui

- É Promotor de Justiça. Coordenador e professor permanente do programa de pós-graduação *stricto sensu*, Mestrado em “Direito da Saúde: Dimensões Individuais e Coletivas” da Universidade Santa Cecília (UNISANTA). Coordenador e Professor da Faculdade de Direito da UNISANTA. Membro do Grupo de pesquisa CNPq/Unisantia “Direitos Humanos, Desenvolvimento Sustentável e Tutela Jurídica da Saúde”. Bacharel em Direito (Universidade Católica de Santos). Mestre e Doutor em Direito (Pontifícia Universidade Católica de São Paulo).

Contato: fernandoakaoui@unisanta.br

Flávia Martins Affonso

- É doutoranda em Direito na Universidade Federal Fluminense (UFF). Mestre em Direito Constitucional pelo Instituto Brasiliense de Direito Público (IDP). Graduada na Universidade Estadual do Rio de Janeiro – UERJ. Pós-graduada em “Globalização, Justiça e Segurança Humana” pela Escola Superior do Ministério Público da União – ESMPU bem como em Processo Civil pelo Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP e pela Universidade do Sul de Santa Catarina – UNISUL. Advogada da União, já tendo desempenhado o cargo de Chefe de Divisão de Direitos Sociais da Procuradoria-Geral da União, Procuradora-Seccional da União em Petrópolis, Chefe de Gabinete da Procuradoria-Regional da União na 2ª Região e hoje Coordenadora de Recuperação de Ativos também da Procuradoria-Regional da União na 2ª Região. Já atuou como Advogada da Caixa Econômica Federal – CEF bem como Advogada do Núcleo de Assistência Jurídica gratuita do IX Juizado Especial Cível da Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ.

Contato: flaviamaffonso@hotmail.com

Gabriel Ribeiro Perlingeiro Mendes

- É mestre em Justiça Administrativa pela Universidade Federal Fluminense (UFF). Especialista em Direito Civil e Processual Civil pela Universidade Estácio de Sá (UNESA). Bacharel em Direito pela Universidade Federal Fluminense (UFF). Procurador do Estado de São Paulo.

Contato: grperlingeiro@gmail.com

Guilherme Calmon Nogueira da Gama

- É professor titular da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ), professor adjunto do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Estácio de Sá (UNESA) e professor titular da Faculdade de Direito do IBMEC/RJ. Doutor e mestre em Direito pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ) e bacharel em Direito pela UERJ. Desembargador federal do Tribunal Regional Federal da 2ª Região.

Contato: gcncalmon@gmail.com

José Marinho Paulo Junior

- É doutorando em Direito pela UNESA, mestre em Direito Processual pela UERJ e especialista em Mediação e Negociação pelo Justice Institute of British Columbia (Canadá). Coordenou a área de Direito Processual do Instituto Superior o Ministério Público (ISMP). Promotor de Justiça Titular da 1ª Provedoria de Fundações da Capital/RJ, integrou anteriormente o Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul.

Contato: jmarinho@mprj.mp.br

Lara de Souza Bitencourt

- É graduada em Direito, em 2018, pela Universidade Federal Fluminense (UFF), Pós-Graduada no Curso de Direito da Energia em um Contexto Global pelo Centro de Estudos de Direito e Negócios (2020), com experiência nas áreas de Direito Tributário.

Contato: larabit@hotmail.com

Luciana Fernandes Portal Lima Gadelha

- É graduada em Direito pela UFPE (2002), é Mestre em Justiça Administrativa pela UFF – Niterói – RJ (2018) e Doutoranda em Direito pela Universidade do Porto (Portugal). Procuradora da República lotada no Ministério Público Federal na baixada fluminense (São João de Meriti), com atuação em matéria criminal. Já atuou no Ministério Público Federal no Amazonas (Manaus), Tocantins (Palmas), Paraná (Cascavel) e Rio de Janeiro (Resende), nas matérias de cidadania, indígenas, populações tradicionais e meio ambiente. Ex-Procuradora Federal.

Contato: lucianafportal@gmail.com

Luísa Silva Schmidt

• É mestre em Justiça Administrativa, com área de concentração em Meio Ambiente, pela Universidade Federal Fluminense – UFF. Especialista em Jurisdição Federal pela Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI e graduada em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina – UFSC. Juíza Federal Substituta na Seção Judiciária do Rio de Janeiro.

Contato: luisasschmidt@gmail.com

Marcelo Lamy

• É Advogado (Lamy, Oliveira & Santos Sociedade de Advogados). Vice-coordenador e professor permanente do programa de pós-graduação stricto sensu, Mestrado em “Direito da Saúde: Dimensões Individuais e Coletivas” da Universidade Santa Cecília (UNISANTA). Líder do Grupo de pesquisa CNPq/Unisanta “Direitos Humanos, Desenvolvimento Sustentável e Tutela Jurídica da Saúde”. Coordenador do Laboratório de Políticas Públicas (UNISANTA). Diretor geral e de pesquisas do Observatório dos Direitos do Migrante (UNISANTA). Professor de Direito da Faculdade de Direito da UNISANTA. Bacharel em Direito (Universidade Federal do Paraná). Mestre em Direito Administrativo (Universidade de São Paulo). Doutor em Direito Constitucional (Pontifícia Universidade Católica de São Paulo).

Contato: marcelolamy@unisanta.br

Nathália de Paula Brandão

• É graduada em Direito na Universidade Federal Fluminense (2019), com parcial formação pela Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne (2017-2018). Visiting Researcher no National Bureau of Economic Research (2019). Global Risk Management Specialist na Anheuser-Busch InBev (2019-2020).

Contato: brandaonathaliadp@yahoo.com.br

Paulo André Espirito Santo Bonfadini

• É mestre em Justiça Administrativa pela Universidade Federal Fluminense (UFF). Professor conferencista da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro (EMERJ) em Direito Constitucional. Integrou as bancas examinadoras do XIV, XV e XVI Concursos para Juiz Federal Substituto do Tribunal Regional Federal da 2ª Região. Juiz Federal. Ex-Procureador do Estado do Rio de Janeiro.

Contato: pa.espirito@hotmail.com

Rafael Mario Iorio Filho

• É doutor em Direito pela Universidade Gama Filho e doutor em Letras Neolatinas- língua italiana pela Universidade Federal do Rio de Janeiro. Realizou pesquisa de Pós-Doutorado em Ciência Política no Centro de Estudos de Cultura Contemporânea (bolsista Pós-Doutorado Júnior do CNPq). Professor Permanente do Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito da Universidade Estácio de Sá. Professor Adjunto da Faculdade de Direito da Universidade Federal Fluminense. Professor Permanente do Programa de Pós-Graduação em Justiça Administrativa - UFF. Pesquisador do Instituto Nacional de Ciência e Tecnologia - Instituto de Estudos Comparativos em Administração de Conflitos (INCT-InEAC). Coordenador do CRN1 "Comparative Constitutional Law and Legal Culture: Asia and the Americas" no âmbito da Law and Society Association/LSA- EUA. Professor visitante na Mercer School of Law (Macon/GA, EUA). Professor convidado do "War and Peace" Oxford Initiative for Global Ethics" (Oxford University, GB). Presidente da Comissão de Ensino Jurídico da Seccional da Ordem dos Advogados do Brasil no Estado do Rio de Janeiro.

Contato: rafael_iorio@id.uff.br

Ricardo Perlingeiro

• É doutor em Direito pela Universidade Gama Filho, tendo desenvolvido pesquisa de pós-doutorado (como Gastforscher) no Forschungsinstitut für Öffentliche Verwaltung Speyer. É professor titular da Faculdade de Direito da Universidade Federal Fluminense (UFF), professor adjunto do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Estácio de Sá (UNESA) e desembargador federal do Tribunal Regional Federal da 2ª Região. Tem coordenado projetos internacionais de pesquisa na área do direito processual internacional e do direito processual administrativo.

Contato: ricardoperlingeiro@id.uff.br

NUPEJ

uff

ISBN: 978-65-00-12719-5



Electronic copy available at: <https://ssrn.com/abstract=3724703>