

DUPLICIDADE VERSUS UNIDADE DE JURISDIÇÃO: AS QUESTÕES ADMINISTRATIVAS NO DIREITO COMPARADO¹

*DUPLICITY VERSUS UNITY OF JURISDICTION: THE ADMINISTRATIVE
ISSUES IN COMPARATIVE LAW*

Alexandre Coutinho Pagliarini²

Pós-Doutor em Direito Constitucional pela Universidade de Lisboa (ULISBOA,
Cidade Universitária, Lisboa, Portugal)

Eduardo Ramos Caron Tesserolli³

Professor no Curso de Especialização (Unicuitiba, Curitiba/PR, Brasil)

ÁREA(S) DO DIREITO: direito constitucional; direito administrativo; direito comparado; direito processual; direitos fundamentais.

RESUMO: Caracterizando-se como estudo de Direito Comparado, este *paper* analisa e compara o contencioso administrativo da França com a jurisdição administrativa no Brasil, segundo as características de cada modelo,

concluindo-se pela inexistência de um contencioso administrativo brasileiro, nos moldes do francês, mas pela existência de uma jurisdição administrativa brasileira, especialmente caracterizada pela (i) unidade de jurisdição, (ii) pela especialização da Justiça Federal quando está envolvida a União e (iii) pelo exercício da função administrativa, pelo Poder Executivo, por intermédio de processos ad-

¹ Artigo finalizado no dia 11 de setembro de 2017 em Curitiba, Paraná, Brasil.

² Doutor e Mestre em Direito do Estado pela PUC/SP. Professor Titular do Mestrado e da Graduação em Direito da Uninter (Curitiba/PR). Editor-Chefe da Revista IUS Gentium (ISSN 2237-4965). Autor das Editoras Saraiva, Forense, Fórum, Lumen Juris, GZ e Juruá. Diretor de Relações Internacionais do Instituto de Direito Constitucional e Cidadania (IDCC). Tradutor francês-português-francês e inglês-português-inglês. Advogado. *E-mail:* alexandrepagliarini@terra.com.br. Currículo: <<http://lattes.cnpq.br/1618544193350080>>.

³ Mestrando em Direito pela Uninter. Professor no Curso de Especialização da Unibrasil. Especialista em Direito Administrativo pelo Instituto de Direito Romeu Felipe Bacellar. Graduado em Direito pela Unicuitiba. Vice-Presidente da Associação Paranaense de Direito e Economia (Adepar). Advogado. *E-mail:* eduardo.tesserolli@gmail.com. Currículo: <<http://lattes.cnpq.br/5050565027562363>>.

ministrativos legitimadores das decisões administrativas. *Par contre*, o modelo de jurisdição administrativa francês permite afirmar, basicamente, que (i) há órgãos com poderes jurisdicionais inseridos na estrutura do Poder Executivo, (ii) as decisões proferidas por tais órgãos são definitivas, e (iii) as competências dos juízes administrativos são restritas. A partir desses elementos, afirma-se que há um “contencioso administrativo” na França em razão da existência de órgão no Poder Executivo com poder jurisdicional (administrativo). Opostamente, o sistema de unidade jurisdicional brasileiro, influenciado pela pureza do princípio da separação dos Poderes (Montesquieu, 1968), não permitiu a criação de órgãos com poderes de jurisdição administrativa (definitiva) no seio do Poder Executivo. Mas, em razão de as fontes formais do direito administrativo permitirem a autotutela (autocontrole, controle interno em sentido amplo), construiu-se um sistema de controle dos atos administrativos em sede de processo administrativo, por meio do qual se produz uma nova decisão sobre a juridicidade do ato questionado. Essa decisão é um novo ato administrativo, o qual poderá rejeitar o ato impugnado, extinguindo-o e editando-se outro em seu lugar, ou reconhecer a juridicidade do mesmo, mantendo-o no mundo jurídico. Portanto, pode-se afirmar que há processo no âmbito da Administração Pública, diante do entendimento do “procedimento” como legitimador de decisões administrativas. O agir administrativo é processualizado em face da garantia fundamental do devido processo legal preceituada no art. 5º, inciso XXXV, da CR/1988. Em face desse dispositivo, cabe o reconhecimento por parte do Direito sobre a necessidade de diálogo para a legitimação do processo de tomada de decisão do Estado. A França possui uma jurisdição administrativa não togada que exclui a interferência do Poder Judiciário francês. No Brasil, toda e qualquer questão administrativa pode ser discutida perante o Poder Judiciário, com as ressalvas referentes ao não controle judicial de todo ato discricionário⁴. Os direitos fundamentais são garantidos em ambas as tradições, de formas distintas.

ABSTRACT: *Characterizing itself as a Comparative Law study, this paper analyzes and compares the administrative litigation of France with the administrative jurisdiction in Brazil, according to the characteristics of each model, concluded by the inexistence of a brazilian administrative justice, just as the french one, but by the existence of a brazilian administrative jurisdiction, especially characterized by (i) the jurisdiction's unit, (ii) the specialization of the Federal Judiciary and (iii) the exercise of the administrative function by the*

⁴ “No caso da discricionariedade, faz-se sua limitação por meio de procedimentos interpretativos até chegar às alternativas ou opções válidas, ou seja, igualmente justas e idôneas em que a escolha, que poderá ou não ser feita pelo administrador, adotará somente critérios de política administrativa ou governmental considerados como apropriados pelo administrador. Não há, portanto, ingerência limitativa na discricionariedade efetiva”. É o que ensina sobre o alcance da discricionariedade administrativa o Professor Saddy (2016, p. 29).

Executive Branch, through administrative processes that legitimize administrative decisions. On the other hand, the french administrative jurisdiction model basically states that (i) there are bodies with jurisdictional powers within the structure of the Executive Branch, (ii) the decisions rendered by such bodies are final, and (iii) the powers of the administrative judges are restricted. From these elements, it is stated that there is an “administrative litigation” in France because of the existence of a body in the Executive Branch with jurisdictional (administrative) power. On the other hand, the system of brazilian jurisdictional unity, influenced by the purity of the principle of separation of powers (Montesquieu, 1968), did not allow the creation of organs with (definitive) powers of administrative jurisdiction within the Executive Branch. However, because the formal sources of administrative law allow for self-control (self-control, internal control in the broad sense), a system of control of administrative acts was built in an administrative process, through which is taken a new decision on the legality of the questioned act. This decision is a new administrative act, which may reject the contested act, extinguishing it and editing another in its place, or recognize the legality it, keeping it in the legal world. Therefore, it can be affirmed that there is process in the scope of the Public Administration, before the understanding of the “procedure” as a legitimate of administrative decisions. The administrative action is processed due to the fundamental guarantee of the due legal process established in art. 5th, inc. XXXV, CR/1988. In view of this mechanism, the law recognizes the need for dialogue to legitimize the State decision-making process. France has unfettered administrative jurisdiction which excludes interference by the French judiciary. In Brazil, any and all administrative matters can be discussed before the Judiciary, with the provisos regarding non-judicial control of any discretionary act. Fundamental rights are guaranteed in both traditions, in different ways.

PALAVRAS-CHAVE: direito comparado; direitos fundamentais; contencioso administrativo francês; jurisdição administrativa una (Brasil).

KEYWORDS: comparative law; fundamental rights; french administrative litigation; united administrative jurisdiction (Brazil).

SUMÁRIO: 1 Introdução; 2 Desenvolvimento; 3 Conclusões; Referências.

SUMMARY: 1 Introduction; 2 Development; 3 Conclusions; References.

1 INTRODUÇÃO

Desenvolver qualquer estudo de direito comparado requer, antes disso, que se aguça a percepção de que não se vive mais no Estado hegeliano ou naquele de Montesquieu. A internacionalização (boa ou ruim) dos espaços cosmopolitanos e a própria União Europeia são exemplos de novas ordens que não são necessariamente estatais. Fora esses

internacionalismos, não há que se duvidar que os Estados nacionais de Hegel e de Montesquieu foram ultrapassados, há muito. Por exemplo, do mesmo modo que, a partir de uma ideologia puramente liberal, afirma-se que “quanto menos Estado, melhor” (ao se pensar, por exemplo – em tempos de Donald Trump, em um ente estatal menos provedor, concluir-se-á que o “Obama Care” necessariamente deva ser abortado, e, então, reina o “quanto menos Estado, melhor!”, de Mr. Trump!). Por outro lado, se se guarda em mente que em países menos providos de riquezas o Estado ainda se faz maciçamente presente – e se torna um ente promotor de desenvolvimento (intervencionismo na ordem econômica) –, então pensar-se-á e visualizar-se-á um Estado provedor (interventor).

No Brasil, prevalece a ideia de que a jurisdição é exercida unicamente pelo Poder Judiciário, que age como agente pacificador da sociedade. Significa isso que “[...] a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”, nos termos do preceito inserto no art. 5º, inciso XXXV, da Constituição da República de 1988. Mais do que uma teoria, afirma-se que a jurisdição brasileira é una e indivisível, cabendo ao Judiciário proferir a última palavra sobre dado litígio, e sobre esta “última palavra” produzirá efeitos a coisa julgada (*res iudicata*). Diz-se, então, que a decisão judicial transitada em julgado não pode mais ser impugnável – em tese.

Sobre este dogma, parece de grande utilidade o estudo das competências conferidas aos membros do Poder Judiciário brasileiro para produzir atos judiciais aptos a, inclusive, resolver questões atinentes à boa Administração Pública, teleologicamente destinadas à concretização de direitos fundamentais (Pagliarini, 2014, p. 33), em comparação com aquelas estipuladas pelo regime do “contencioso administrativo”⁵ francês, o qual está estruturado fundamentalmente em uma dualidade jurisdicional em que (entre os gauleses!) há a figura do “juiz-judicial” e outra do “juiz-administrativo”. Ao juiz-administrativo francês cabe

⁵ O uso da expressão contencioso administrativo neste texto considera a importante advertência de Romeu Felipe Bacellar Filho (2009, p. 60), escorado em Marcello Caetano (2003, p. 388), que se preocupa com a conotação absolutista do termo, carregada de conotação histórica: “Propositadamente evitamos, quanto possível, empregar a expressão *contencioso-administrativo*. É que, como em várias ocasiões temos frisado, pesa sobre ela uma carga emocional influenciada por factores históricos e preocupações políticas determinante de um preconceito existente em muitos países contra o que se julga ser a subtração autoritária dos actos da Administração ao conhecimento dos juizes ordinários. Ora, é necessário desprender o conceito de contencioso administrativo das suas origens históricas em França e trata-lo à luz dos princípios gerais de Direito *sine ira ac studio*” (Caetano, 2003, p. 388).

a apreciação de litígios de administrados em face da Administração Pública. Por sua vez, ao juiz-judicial francês cabe, apenas, os litígios versados em matéria civil e criminal. Isso significa, mais ou menos, que um juiz-judicial francês faz – mais ou menos – o que um juiz-judicial brasileiro fazia no século XIX⁶.

1.1 PROLEGÔMENOS METODOLÓGICOS

Metodologicamente, este pretende ser um estudo comparado entre a jurisdição administrativa francesa e a jurisdição administrativa brasileira, principalmente sob os aspectos da competência para atuação dos agentes destinatários da norma para resolver conflitos instaurados entre Administração Pública e particulares. Aqui, realizaram-se estudos de bibliografias especializadas de autoria de célebres jurisconsultos franceses e brasileiros.

O tema é analisado no Brasil com certa parcimônia. Tem-se a impressão de que a unidade de jurisdição acachapou o estudo da jurisdição administrativa. Mas não. Há espaço e demanda para o estudo da temática.

Basta uma breve leitura do art. 109 da Constituição da República de 1988 para se perceber que foi criada uma jurisdição administrativa na Justiça Federal para processar e julgar causas em que a União, autarquia (federal), sociedade de economia mista (federal), empresa pública (federal) e fundação pública (federal) forem autoras, rés, assistentes ou oponentes; entre Estado estrangeiro ou organismo internacional e Município; aquelas ações fundadas em tratado ou contrato da União com Estado estrangeiro, e algumas outras previstas no referido dispositivo, apenas como exemplo. Há, ainda, a previsão constitucional da garantia do contraditório e da ampla defesa em processos administrativos (art. 5º, incisos LIV e LV, da CR/1988), principalmente naqueles de cunho disciplinar. Isso pode indicar a existência de uma jurisdição administrativa não togada no Brasil, que se deslinda no seio do próprio Poder Executivo, evidentemente sob o constante risco de anulação, pelo Judiciário, em caso de

⁶ Francisco Rezek ensina isso expressamente em suas palestras, quando relata uma conversa sua com o ex-Premiê espanhol Felipe Gonzales, que, amigo do insigne jurista brasileiro, indagou-lhe “como é que pode um juiz brasileiro se meter até na vida política de uma presidente da República eleita pelo povo (?)”, no que Rezek lhe respondeu que, no Brasil, toda questão é jurisdicionável perante o Judiciário togado, absolutamente toda questão! Esta palestra de Rezek ocorreu na Assembleia Legislativa do Estado do Paraná no dia 12 de agosto de 2016 e foi testemunhada pelos autores deste artigo e por inúmeras autoridades e estudantes (Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=UcxEg3JNV04>>).

ação ou omissão antijurídica (quebra do princípio da legalidade majorado, ou seja, antijuridicidade).

Quer-se saber se o estudo comparado entre a jurisdição administrativa francesa e a jurisdição brasileira permite afirmar se o devido processo legal administrativo pode ser chamado de contencioso administrativo⁷ no Brasil, a exemplo do que ocorre na França; e a resposta é não! O modelo francês confere à dicotomia público-privado especial força distintiva, conduzindo ao apartamento entre direito público e privado em sentido subjetivo, considerando públicos aqueles litígios que envolvem o Estado.

Uma crítica deve ser desenvolvida a partir da concepção do Direito Privado Administrativo⁸, aquele que considera essencial ao Estado Pós-Moderno a intrínseca relação entre direito público e privado, superando-se a ideia de poder extroverso do Estado como marca primordial de um regime jurídico administrativo e, conseqüentemente, de outra concepção de derrogação do chamado direito comum. O objetivo é realizar os interesses do cidadão previstos na Constituição em sentido material, promovendo igualdade – na concepção da *Melhoria de Pareto* (Domingues, 2011, p. 39-47).

⁷ Entendido, aqui, em sentido formal, como “[...] órgão ou conjunto de órgãos competentes para exercer jurisdição, com ou sem definitividade em suas decisões, em hipóteses de ameaça ou lesão de direitos subjetivos pela Administração” (Moreira Neto, 1977, p. 70).

⁸ Segundo Maria João Estorninho, “[...] a especificidade deste Direito Privado Administrativo está no facto de a entidade administrativa não gozar plenamente da autonomia privada negocial, estando antes sujeita a algumas vinculações jurídico-públicas” (Estorninho, 2009, p. 122). A teoria de Estorninho cuida de analisar a vinculação da Administração Pública aos direitos fundamentais, pois “o risco de serem lesados os direitos fundamentais, por parte da Administração Pública, é especialmente grande e é, sem dúvida, maior do que por parte do Parlamento ou da Jurisprudência”. E explica o substrato desta afirmação: “A razão para este facto não estará no facto de a Administração ser ‘menos fiel’ à Constituição, mas no maior número de decisões a tomar e em menor espaço de tempo” (Estorninho, 2009, p. 224). Maria Sylvania Zanella Di Pietro, em obra por si coordenada dedicada ao tema, ensina: “[...] o regime jurídico privado (ou direito privado administrativo), com as peculiaridades decorrentes do direito administrativo derogatório do direito comum, é aplicável nas quatro matérias que constituem, basicamente, o objeto do direito administrativo: na Administração Pública como *sujeito*, na Administração Pública como *atividade* (função administrativa do Estado), nas *relações jurídicas* de que é parte e nos *bens* que integram o seu património”. Em seguida, a autora estabelece o ciclo evolutivo da relação entre direito administrativo e direito civil, apontando o estágio atual: “Se quisermos resumir, *grosso modo*, a influência do direito civil sobre o direito administrativo, pode-se partir de uma primeira fase, do primado do direito civil, para uma fase de publicização do direito civil e, agora, para uma fase de duplo movimento: de um lado, a privatização do direito público, em decorrência da busca mais intensa de institutos do direito privado (chamada, por alguns, de *fuga para o direito privado*); de outro lado, a chamada constitucionalização do direito administrativo” (Di Pietro, 2013, p. 7).

O estudo das obras referenciadas neste artigo permitiu concluir que a comparação da conformação estrutural dos dois modelos jurisdicionais (Brasil e França) é diferente, partindo-se de uma comparação de tais estruturas por meio de um panorama histórico, descritivo da evolução dos dois modelos de jurisdição. Por isso, considerando que na França (i) há dualidade de jurisdição, quer dizer, o ordenamento jurídico conferiu a órgãos vinculados ao Poder Executivo a competência para resolver conflitos instaurados entre Administração Pública e particulares e o Poder Judiciário recebeu a atribuição de julgar causas cíveis e criminais, percebe-se que (ii) no Brasil inexistente contencioso administrativo puro (*à la française*), pois a jurisdição brasileira é una e ao Judiciário cabe apreciar toda lesão ou ameaça de lesão a direito; vale dizer, o Poder Judiciário detém a atribuição de exercer a função jurisdicional com exclusividade na criação da *res iudicata* protegida constitucionalmente até contra a lei (inciso XXXVI do art. 5º da CR/1988). Ainda, ponderando-se as críticas trazidas por Jean Rivero ao contencioso administrativo francês, diante dos conflitos de competências que surgiram ao longo dos anos, conclui-se aqui que seria uma involução propor alterações à Constituição de 1988 e, conseqüentemente, no âmbito infraconstitucional, pois a comparação das características normativas dos dois modelos permite concluir que o modelo brasileiro está mais apto à eficácia em resolver conflitos do que aquele francês.

Entretanto, a garantia constitucional do devido processo legal administrativo permite afirmar que a Administração Pública brasileira tem o processo administrativo como meio de resolução de conflitos com os particulares apto a produzir decisões eficazes diante do dever de promover a participação do particular no procedimento de produção.

1.1.1 Problematizações

Ao se levar em consideração os prolegômenos metodológicos supradescritos, resta ao cientista do Direito apresentar questionamentos e apontar soluções às problemáticas introduzidas no texto. É nesse sentido que se propõem as seguintes perguntas, as quais serão respondidas pontualmente ao final deste texto, amparadas pela justificativa doutrinária constante no desenvolvimento do presente *paper*.

As perguntas são:

- a) Problema de pesquisa número 1: O contencioso administrativo francês é puro?

- b) Problema de pesquisa número 2: Até que ponto a jurisdição administrativa brasileira é, de fato, una?
- c) Problema de pesquisa número 3: O Brasil está certo ao adotar uma jurisdição togada una (inclusive em questões administrativas)?
- d) Problema de pesquisa número 4: No Brasil, os direitos fundamentais ao (i) devido processo legal e ao (ii) contraditório e à ampla defesa são observados nos procedimentos administrativos-administrativos⁹ e nos processos administrativos judicializados?

2 DESENVOLVIMENTO

O Direito Administrativo passou a ser estudado, contemporaneamente, sob o enfoque da transformação das finalidades da Administração Pública nos últimos vinte anos. Tradicionalmente, ensinava-se que o atendimento do *interesse público* pelo Estado era seu fim último; que *razões de Estado* poderiam ser motivação de qualquer decisão administrativa, ausente qualquer outro fundamento.

Com a *constitucionalização do Direito*, passou-se a estudar o Direito Administrativo à luz da Carta Magna e Política do Estado. Tornou-se fim do Estado (e da Administração Pública) a realização de direitos fundamentais, a promoção do desenvolvimento nacional, a erradicação da pobreza e a construção de uma sociedade livre, justa e solidária (conforme arts. 3º e 5º da CR/1988).

A Constituição de 1988 eleva o cidadão à categoria de detentor do poder e partícipe das decisões estatais. Com isso, deve-se reconhecer que a *relação de administração* se tornou dialógica, exigindo a participação da população como diretriz para organização da atividade (saúde e assistência social são exemplos); surgiu o direito constitucional de participação popular. Ouvir e atender aos anseios da sociedade é dever do Estado e da Administração Pública e, ao mesmo tempo, marca de uma postura dialógica, oposta ao autoritarismo patrimonialista superado no Brasil.

Desse modo, a democratização da atuação administrativa estatal passou a ser analisada sob a luz do direito de o cidadão intervir nas decisões, antes mesmo de elas serem tomadas. Inaugurou-se a ideia de *processualidade* do agir administrativo. Essa ideia foi impulsionada por uma norma da Constituição

⁹ Levados a cabo exclusivamente pelo Poder Executivo.

de 1988 (art. 5º, incisos LIV e LV) e pelas leis que regulamentam o processo administrativo nas esferas federal e estadual (Sundfeld, 2012, p. 23)¹⁰.

O processo administrativo passou a ter valor substantivo na Constituição da República de 1988. Atualmente, poucas são as decisões tomadas sem o conhecimento prévio do cidadão, bem como sem oportunizar-se ao particular manifestar-se antecipadamente sobre o chamado “mérito administrativo” – sob o manto da legalidade (ou juridicidade, correspondente à análise da constitucionalidade do agir administrativo), legitimidade, impessoalidade, eficiência e moralidade administrativa.

São *cases* naturais deste estudo as competências jurisdicionais de órgãos do Poder Judiciário para decidir questões de direito público, as quais envolvem o Estado como parte, dos Tribunais de Contas, do Conselho Administrativo de Defesa da Economia – Cade, o julgamento das contas do Presidente da República pelo Congresso Nacional, o julgamento de processos administrativos disciplinares pelos órgãos da Administração Pública; nessa esteira, pode-se – firmemente! – afirmar que há uma jurisdição administrativa brasileira. Mas a questão é mais profunda: há um contencioso administrativo no Brasil?

O estudo da jurisdição administrativa francesa e das suas contribuições ao estudo da jurisdição brasileira se torna relevante a partir da leitura dos livros *Direito administrativo* (1981) e *Curso de direito administrativo comparado* (2004), ambos da autoria de Jean Rivero, importante publicista francês. Ainda, as importantes contribuições de Carlos Ari Sundfeld (2012) e Romeu Felipe Bacellar Filho (2009) para o estudo comparado dos sistemas também serão abordadas neste artigo.

A partir dessas obras (Rivero, Sundfeld e Bacellar), percebe-se que a especialidade do sistema francês se insere na organização administrativo-jurisdicional propriamente dita, e não sobre as regras especiais de competência. Diferentemente da realidade da Constituição francesa, caso houvesse unicamente a distribuição de competências entre órgãos jurisdicionais centralizados na estrutura do Poder Judiciário francês, poderia se reconhecer uma proximidade maior com o modelo brasileiro. Desse modo, pode-se afirmar com certa margem

¹⁰ Carlos Ari Sundfeld ensina que a “ideia é que as decisões (atos administrativos) teriam sempre de ser tomadas por meio de *processos*, com direito à ampla participação dos interessados e com vários mecanismos para o controle do decidido (dever de justificar e de dar publicidade às decisões, direito de recorrer contra elas etc.)” (Sundfeld, 2012, p. 23).

de segurança que, sob a luz das regras de competência do juiz administrativo francês e do juiz brasileiro, há pouca diferença. E essa constatação é o primeiro passo para o vencimento da barreira dogmática – talvez um verdadeiro tabu – para enfrentamento do tema sob a perspectiva de direito comparado.

Serão identificados pontos de intersecção entre os modelos francês e brasileiro e, a partir deles, críticas serão tecidas com o intuito de aprimorar ou de elogiar o sistema brasileiro, propiciando-se a evolução do controle da Administração Pública.

2.1 FUNDAMENTOS DA CRIAÇÃO DO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO FRANCÊS

A lapidar frase que inaugura o Título IV (A Jurisdição Administrativa), do livro *Direito administrativo* (Rivero, 1981), merece ser transcrita: “A existência de uma organização jurisdicional especializada no julgamento dos litígios administrativos separada da jurisdição ordinária é um dos traços essenciais do sistema francês” (p. 155).

A criação da jurisdição administrativa francesa, por exemplo, deu-se na Revolução Francesa por retomada da experiência do Antigo Regime, raciocínio esse que, segundo Romeu Felipe Bacellar Filho (2009, p. 60-61), “guardava um sentido histórico inequívoco: o sentimento generalizado de desconfiança em relação ao poder Judiciário, inspirado na lembrança dos parlamentos do Antigo Regime”. Nasceu a partir de um *princípio* interpretado sob o influxo de uma *tradição* (Rivero, 1981, p. 157). O substrato jurídico para a estruturação desse pensamento foi uma interpretação do princípio da separação dos poderes (Bacellar Filho, 2009, p. 61), pois havia desconfiança sobre eventual abuso de poder por parte dos membros do Poder Judiciário ao decidir sobre atos administrativos, sob o pretexto de limitar eventuais desvios de poder por parte dos membros do Executivo. Receava-se legitimar o caminho para um governo de juízes¹¹.

Com efeito, na França recém-despontada do *Ancien Régime*, havia uma desconfiança enorme da magistratura, de tal sorte que se se deferisse aos juízes a competência para a resolução de conflitos

¹¹ Sobre o assunto, ler “Não há governo dos juízes”, do catedrático da Sorbonne e sucessor de Kelsen (PFERSMANN, Otto. *Positivismo jurídico e justiça constitucional no século XXI*. São Paulo: Saraiva, 2014).

envolvendo a Administração Pública e os particulares, estar-se-ia a submeter a atividade administrativa, criando-se o risco de degeneração em um instrumento de usurpação e despotismo. Essa concepção radical da separação orgânico-funcional do poder político conduziu à impossibilidade de submissão do Poder Executivo e seus conflitos ao Poder Judiciário e, assim, criou-se, no âmbito da própria Administração Pública, o órgão incumbido do julgamento dos conflitos que a envolvessem. (Maiolino, 2012)

Jean Rivero (1981, p. 157) ensina que a jurisdição administrativa é dispensável, pois há países, como os anglo-saxões (e o modelo jurisdicional brasileiro se aproxima do anglo-saxão nesse tocante), que vivem sem; na França, “nasceu por um concurso de circunstâncias históricas; sobreviveu por razões práticas”. E, segundo o pensado por Montesquieu, o princípio da separação dos poderes pode fundamentar tanto a criação de órgãos no Executivo para julgar litígios envolvendo atos administrativos quanto a delegação de tal dever para o juiz comum (membro do Judiciário togado) (Rivero, 1981, p. 157-158).

A análise do sistema de dualidade ou duplicidade de jurisdição parte, necessariamente, da compreensão diversa acerca do princípio da separação de poderes, encontrada no sistema anglo-saxão e francês, principalmente. Criaram-se, a partir daí, dois modos de controle da Administração Pública: um interno à própria organização administrativa, tipicamente francês, em que o poder jurisdicional é partilhado entre o Poder Judiciário e a Administração Pública, dando origem ao sistema de dualidade de jurisdição, e outro, em que o monopólio da jurisdição é conservado nas mãos do Poder Judiciário, a quem compete dirimir os conflitos de direito comum, bem como aqueles decorrentes do Direito Administrativo.

[...]

Antes da eclosão da Revolução Francesa e a derrocada do *Ancien Régime* todo o aparato administrativo prestava-se à consecução daquilo que era determinado pelo monarca, quem se beneficiava da atividade administrativa que então se desenvolvia. No entanto, a queda do antigo, e sua substituição pelo moderno,

tinham como uma de suas determinantes político-ideológicas o estabelecimento de uma sociedade e, em consequência, de um Estado, que não fosse governado pelos homens, mas pelas leis, produto da razão humana segundo a filosofia iluminista e capaz, por isso, de conduzir a sociedade ao “reino das leis” segundo o bem comum. (Maiolino, 2012)

Jean Rivero (1981, p. 158) afirma que a opção dos homens articuladores da Revolução Francesa foi a tradição. “O *Ancien Régime* conheceu tribunais especializados nas matérias administrativas (Corte dos Auxílios, Câmaras de Contas, Tribunais de Águas e Florestas)”. Preponderaram os conflitos entre os parlamentos e a administração monárquica, provocados pelo rei, preocupado em vencer as resistências impostas pelos parlamentares, julgando, *per se*, casos administrativos. Por isso, reforça-se, o fundamento para criação da jurisdição administrativa francesa e do contencioso administrativo, por sua vez, foi o princípio da separação dos poderes de Montesquieu. A Lei nº 16, de 24 de agosto de 1790, estipulou que “as funções judiciais são distintas e permanecerão sempre separadas das funções administrativas”. E, assim, os “juízes não poderão, sob pena de prevaricação, perturbar por qualquer forma e acção dos corpos administrativos, nem citar, para comparecer à sua presença, os administradores por motivos das respectivas funções” (Caetano, 2003, p. 385). Marcello Caetano (2003, p. 386) afirma:

Teoricamente continua a dizer-se que os tribunais administrativos e o Conselho de Estado (que, além das secções de contencioso, possui as secções consultivas) são órgãos da Administração, constituem a sua “consciência”, são “a Administração que se julga a si própria”. Na realidade eles formam uma hierarquia de tribunais de competência especializada, distinta e independente do Poder Judiciário, mas com as mesmas garantias.

Desse modo, observada a criação do sistema de controle da legalidade da atividade administrativa no seio do Poder Executivo, retirando-o do Poder Judiciário, útil analisar-se os dois aspectos da jurisdição administrativa destacados por Jean Rivero.

2.2 DUPLO ASPECTO DA JURISDIÇÃO ADMINISTRATIVA FRANCESA

Há dois aspectos, um negativo e outro positivo, destacados por Jean Rivero (1982, p. 158-159). O negativo diz respeito à impossibilidade de controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário; por outro lado, no aspecto positivo, os litígios serão apreciados por um juiz (administrativo). Antes da reforma da Constituição do ano VIII¹² vigia o sistema administrador-juiz, no qual é “o próprio administrador activo – rei e, após a queda da Monarquia, os ministros ou, para outras categorias de litígios, o directório de departamento” quem os soluciona (Rivero, 1981, p. 159). Após a reforma da Constituição do ano VIII, o *Conseil d'État*, antes meramente órgão consultivo, passa a realizar a justiça delegada. Além do Conselho de Estado, foram criados os conselhos de Prefeitura ligados aos municípios (Bacellar Filho, 2009, p. 63).

2.3 EVOLUÇÃO DA JURISDIÇÃO ADMINISTRATIVA FRANCESA

Destacam-se três etapas principais da evolução da jurisdição administrativa francesa: (i) a etapa que parte da *justiça reservada* à *justiça delegada*; (ii) segue para a etapa marcada com o “desaparecimento da jurisdição do ministro”; e (iii) culmina com a “organização da jurisdição administrativa” (Rivero, 1981, p. 160). Prosper Weil afirma que, a partir da Lei de 24 de maio de 1872, a qual conferiu a *justice déléguée*¹³ ao Conselho de Estado, “a administração fica submetida ao controlo de uma verdadeira jurisdição, que decide directamente ‘em nome do povo francês’”, e complementa, ao dizer que esta lei criou, “ao mesmo tempo, um Tribunal dos Conflitos, composto por um número igual ao de

¹² John Gilissen informa que a Constituição francesa do ano VIII (1799) passou a vigor em 1800 no regime napoleônico e trouxe algumas alterações à organização judiciária francesa, especificamente: (i) a separação dos poderes; (ii) os juízes passaram a ser profissionais, “nomeados vitaliciamente pelo Poder Executivo (ou seja, pelo Primeiro Cônsul, mais tarde, pelo Imperador)”; (iii) restabelecimento das “custas fiscais (custas, direitos de registro de sentenças, etc.) em matéria judiciária”; (iv) extinguiu a necessidade de representação processual por advogado, por receio de manutenção de benefícios do Antigo Regime (fato que mudou, posteriormente, com o restabelecimento da Ordem dos Advogados por Napoleão por meio da lei do Ventoso do ano XII - 1804); (v) audiências passaram a ser públicas e as sentenças motivadas; e (vi) extinção dos foros privilegiados, impondo igualdade formal a todos os homens, pois seriam julgados pelas mesmas cortes – mantidos os tribunais do comércio e os militares (Gilissen, 2008, p. 494-495).

¹³ Significa *justiça delegada* em português (tradução livre).

membros do *Conseil d'État*¹⁴ e de conselheiros da *Cour de Cassation*¹⁵ e encarregado de decidir sobre os conflitos de competência entre as duas ordens jurisdicionais, a administrativa e a judiciária” (Weil, 1977, p. 16).

Para o fim de explicar a primeira etapa, expõe-se que justiça reservada era aquela exercida pelo próprio soberano, quem reservou a si mesmo o poder de decidir sobre os litígios envolvendo a Administração Pública, ao invés de delegar aos Tribunais. Assim ocorria antes da reforma do ano VIII. Após a reforma da Lei de 28 do Pluvioso do ano VIII¹⁶, a justiça administrativa passa a ser delegada, com restrita competência, ao Conselho de Estado, órgão vinculado ao governo central, o qual emite pareceres ao soberano que poderia, ou não, acatá-los (Rivero, 1982, p. 160). Antes da Lei de 24 de maio de 1872, o Conselho de Estado tinha recebido autoridade e seus pareceres passaram a ser vinculantes para quem os tivesse obrigação para homologar. Após, passou a decidir litígios sem necessidade de homologação (Caetano, 2003, p. 385). Prosper Weil (1977, p. 13) afirma que o *Conseil d'État* viu-se encarregado (primeiro, pelo Primeiro Consul, e depois por vários outros Chefes de Estado que o sucederam) de preparar um projeto de solução para os litígios envolvendo a Administração. Marcello Caetano (2003, p. 385) afirma que tal fato originou a migração da *justiça delegada* para a *jurisdição própria* do contencioso administrativo.

A segunda etapa analisa a mutação da figura do soberano de “juiz de apelação” para “juiz administrativo de direito comum” (Rivero, 1982, p. 160). Nessa etapa da evolução da jurisdição administrativa surge a distinção entre jurisdição administrativa e Administração ativa com a edição do aresto “*Cadot*” pelo Conselho de Estado, em 13 de janeiro de 1889 (Bacellar Filho, 2009, p. 64).

A terceira etapa exposta por Rivero (1981, p. 161) é aquela culminada com a reforma de 1953, levada a efeito para “acelerar o curso da justiça” (Rivero, 1981, p. 216), erigiu os tribunais de prefeitura em juízes administrativos de direito comum. Estes, segundo o autor, decidem “sempre sob reserva de apelação”, salvo algumas exceções, nas quais o Conselho de Estado atua como juiz de primeira instância nas causas enumeradas no Decreto de 30 de setembro de 1953 (Rivero, 1981, p. 216). Romeu Felipe Bacellar Filho (2009, p. 65) informa decisão

¹⁴ Significa *Conselho de Estado* em português (tradução livre).

¹⁵ Significa *Corte de Cassação* em português (tradução livre).

¹⁶ Veja-se a lição de John Gilissen, que afirmou que a referida reforma ocorreu em 1799, passando a vigor a partir de 1800 (Gilissen, 2008, p. 494-495).

contemporânea do Conselho Constitucional da França, a qual indica, com valor constitucional, a competência da jurisdição administrativa para anulação ou reforma das decisões tomadas pelo Poder Executivo.

Não obstante sua manutenção na Constituição francesa de 1958, não subsistem mais as razões na época da criação da jurisdição administrativa francesa. A separação entre jurisdição administrativa e Administração ativa, no seio do Poder Executivo, nunca satisfizeram plenamente os críticos liberais, pois, no momento da sua criação, havia preocupação de tal formatação ofender o princípio da separação de poderes. Montesquieu elaborou, em sua tese, a ideia de que aquele órgão, ou agente, que executa não poderia julgar, sob pena de se propiciar condições para o abuso. Segundo os críticos, aquele que age segundo a lei, cumprindo seus misteres, não pode julgar os conflitos oriundos dos seus atos. Entretanto, nesse tocante, a jurisdição administrativa demonstrou que o Executivo francês se desincumbiu da missão constitucionalmente conferida a si com sucesso¹⁷. São apontadas como novas razões para manutenção da jurisdição administrativa: (i) a elaboração de um direito administrativo original e autônomo; (ii) as particularidades de um direito administrativo original que poderia apresentar dificuldades aos julgadores comuns; (iii) cientes da realidade, os juízes da administração conhecem profundamente os limites do seu controle e podem avançar com o conhecimento específico que os ensinou o limite do arbítrio; (iv) estão menos expostos a excessos de timidez ou audácias intempestivas (Rivero, 1981, p. 162). E arremata: a existência de um direito administrativo original e autônomo que constitui a “única justificação sólida da existência da jurisdição administrativa” (Rivero, 1981, p. 162). Para Carlos Ari Sundfeld (2012, p. 26), o trabalho dos juízes administrativos, ao exercer a jurisdição administrativa, foi essencial para (i) a constatação de que o direito privado não servia para resolver os conflitos envolvendo a Administração Pública e, por isso, (ii) para a criação de “soluções originais para a Administração, em todos esses temas”.

Conclui Carlos Ari Sundfeld (2012, p. 28) que

as exceções criadas pela jurisprudência administrativa
(conjunto reiterado de decisões dos juízes adminis-

¹⁷ Para além dos benefícios que justificaram sua criação, Jean Rivero aponta inconvenientes manifestos da dualidade de jurisdições. “É muitas vezes difícil saber se uma questão deve ser apresentada perante os tribunais administrativos ou ordinários” (Rivero, 1981, p. 161).

trativos) ao regime do Código Civil geraram figuras jurídicas como a *responsabilidade extracontratual do Estado*, o *contrato administrativo*, os *bens públicos* e as *pessoas jurídicas de direito público*.

Estes fortes argumentos expostos anteriormente permitem afirmar que não se faz necessário a qualquer Estado do mundo adequar seu sistema jurisdicional àquele dualismo, pois, para se criar um direito administrativo autônomo e original, basta que o ordenamento jurídico atribua competências especiais a alguns órgãos da jurisdição una para permitir que, por meio da especialização da Justiça, atinja-se este objetivo.

2.4 NOTAS SOBRE A JURISDIÇÃO ADMINISTRATIVA BRASILEIRA

No início, destacou-se a advertência de Marcello Caetano (2003) sobre a conotação autoritária da expressão “contencioso administrativo”. Neste estudo, esta fórmula vernácula será observada por mera necessidade de adequação linguístico-histórica com os textos das Constituições brasileiras de outrora. O intuito é estimular o uso da expressão “jurisdição administrativa” como consenso conceitual, pois inegável reconhecer que não existe *contencioso administrativo* no Brasil atualmente – em sentido estrito, como ocorre na França.

Ademais, as dificuldades existentes lá em face da dualidade de jurisdição são muito maiores do que as existentes aqui no Brasil, as competências da jurisdição especial exercida por órgãos da Justiça Federal – por exemplo – são estipuladas em razão das pessoas submetidas ao conflito, ao invés de se utilizar critérios materiais.

Diogo de Figueiredo Moreira Neto traça três grandes períodos da história do Direito no Brasil (Moreira Neto, 1977, p. 16): o português, de 1500 a 1822, o imperial, de 1822 a 1889, “marcado pela constitucionalização de índole francesa”, e o republicano, de 1889 aos nossos dias, influenciado diretamente pelo constitucionalismo norte-americano.

No Brasil Colônia, as autoridades consideradas como magistrados – o juiz ordinário, o juiz de fora, os corregedores e ouvidores do rei – detinham a chamada jurisdição administrativa (Perlingeiro; Greco, 2009, p. 61). O regime de gestão adotado era o das Ordenações municipalistas, em razão da aplicação da legislação portuguesa.

No Brasil Imperial existia a figura do Conselho de Estado, o qual exercia a competência de exercer a jurisdição administrativa. Dilvanir José da Costa (1985, p. 149) aponta que,

prestando serviço ao Poder Moderador, o Conselho de Estado era um órgão consultivo supremo para pronunciamentos sobre as nomeações de Senadores [...]. Percebe-se, nessa primeira fase, o Conselho de Estado como órgão eminentemente consultivo, com intervenções para propiciar o equilíbrio nas relações entre os Poderes. Na definição determinada pela Lei de 1841 foram introduzidas, pela primeira vez, as atribuições próprias do contencioso administrativo. Ao lado das funções consultivas, passa a exercer as de índole jurisdicional.

A Constituição de 1824¹⁸, outorgada pelo Imperador D. Pedro I, em 25 de março daquele ano, criou quatro poderes. Destaque para o Poder Moderador, com forte caráter político, exercido pelo Imperador e auxiliado por um Conselho de Estado (Paula, 1979, p. 274)¹⁹⁻²⁰.

¹⁸ Apenas como notícia interessante e correlata à história da Constituição de 1824, lembre-se que o Imperador D. Pedro I foi o mesmo Rei Pedro IV, de Portugal, que outorgou a Constituição portuguesa de 1826. As duas Constituições foram promulgadas pela mesma pessoa e são muito semelhantes, inclusive.

¹⁹ Ensina Dilvanir José da Costa (1985, p. 150) que “a dualidade de jurisdição (autoridades administrativas e judiciária) teve no Conselho de Estado do Império, um grande suporte”. Como instituição jurisdicional manifesta-se como órgão competente para as decisões entre a administração e os particulares: “Funcionava o Conselho como jurisdição de primeira instância em relação a determinadas matérias - conflitos de atribuição e questões de presas marítimas -, cabendo-lhe, ao mesmo tempo, como última instância, decidir sobre os recursos que lhe eram impostos contra decisões de outras autoridades administrativas - Ministros de Estado, Presidentes de Províncias, autoridades fiscais; contra decisões de jurisdições especiais, com as do Tribunal do Tesouro, dos Tribunais de Comércio, parte administrativa e das Tesourarias Provinciais. Exercia, ainda, o C.E. um controle jurisdicional sobre os atos das autoridades eclesiásticas, a origem legal da famosa questão religiosa de 1872/75 [...]”.

²⁰ Pela concisão eficiente de grande número de informações, cita-se trecho do estudo de Edylcéa Nogueira de Paula (1979, p. 274): “Este órgão foi suprimido pelo Ato Adicional de 1834 e, posteriormente, restabelecido em 1841, por D. Pedro II. No ano seguinte, fez-se a sua regulamentação através do Regimento nº 124, de 05.02.1842, concedendo-lhe a função jurisdicional em casos de conflitos negativos entre o juiz ordinário e os presidentes das Províncias, relativos a causas em que fossem apreciados atos administrativos, decidindo pela competência da jurisdição ordinária ou do autocontrole da Administração”.

A Constituição de 1891 alterou a realidade da Constituição anterior, de inspiração francesa, e inaugurou o sistema de jurisdição una²¹, estabelecendo competências especiais para uma Justiça Federal, que ficou incumbida de “julgar toas as ações intentadas pelos particulares contra a União e por esta contra os particulares”²², essencialmente. Opostamente, os Estados-membros receberam a jurisdição comum e geral, para julgar ações criminais e as de direito privado. O juiz federal absorvera, então, o “contencioso administrativo”, antes atribuição do Conselho de Estado brasileiro de 1824. Durante a segunda fase (republicana), com a edição da Lei nº 221, de 20 de novembro de 1894²³, surge a hipótese de controle dos atos administrativos por intermédio de ação judicial específica (Moreira Neto, 1977, p. 17). Interessante é perceber um resquício

²¹ Confira-se a lição de Carlos Ari Sundfeld (2014, p. 647): “L’influence française qui a marqué l’adoption de l’idée d’un État administratif n’a pas été détruite par la Constitution de la République de 1891, d’inspiration nord-américaine. Il est vrai qu’à ce mont-là, le Brésil a connu un changement de cap en direction du modèle juridictionnel de justice commune à l’américaine, supprimant le Conseil d’État qui avait été emprunté au modèle français. Il a également intégré durant cette période le présidentialisme et le fédéralisme”.

²² Tal regramento estava previsto no art. 60, alínea b: “Aos juizes e Tribunaes Federaes: processar e julgar: [...] b) todas as causas propostas contra o Governo da União ou Fazenda Nacional, fundadas em disposições da Constituição, leis e regulamentos do Poder Executivo, ou em contractos celebrados com o mesmo Governo; [...]” (Brasil, 1891).

²³ Vejam-se os dispositivos específicos da Lei nº 221/1894 pertinentes ao estudo: “Art. 13. Os juizes e tribunaes federaes processarão e julgarão as causas que se fundarem na lesão de direitos individuaes por actos ou decisão das autoridades administrativas da União. [...] § 9º Verificando a autoridade judiciaria que o acto ou resolução em questão é illegal, o annullará no todo ou em parte, para o fim de assegurar o direito do autor. a) Consideram-se illegaes os actos ou decisões administrativas em razão da não applicação ou indevida applicação do direito vigente. A autoridade judiciaria fundar-se-ha em razões juridicas, abstando-se de apreciar o merecimento de actos administrativos, sob o ponto de vista de sua conveniencia ou oportunidade; b) A medida administrativa tomada em virtude de uma facultade ou poder discricionário sómente será havida por illegal em razão da incompetencia da autoridade respectiva ou do excesso de poder. § 10. Os juizes e tribunaes apreciarão a validade das leis e regulamentos e deixarão de applicar aos casos occurrentes as leis manifestamente inconstitucionaes e os regulamentos manifestamente incompativeis com as leis ou com a Constituição. § 11. As sentenças judiciais passarão em julgado e obrigarão as partes e a administração em relação ao caso concreto que fez objecto da discussão. § 12. A violação do julgado por parte da autoridade administrativa induz em responsabilidade civil e criminal. [...]” (Brasil, 1894). Carlos Ari Sundfeld (2014, p. 644-646) leciona: “Um tel effort de création s’est produit à partir d’un acte fondateur, à savoir, la Constitution de 1824, instituant la séparation des pouvoirs, um Conseil d’Etat et une déclaration des droits fondamentaux. [...] La Loi nº 221 de 1894 a défini les compétences du juge au regard de l’administration publique en s’appuyant sur les notions d’acte administratif, d’autorités administratives, de lésion de droits individuels et d’annulation (art. 13): ‘Les juges et les cours fédérales examineront et jugeront les affaires fondées sur la lésion de droits individuels par des actes ou une décision des autorités administratives de l’Union’; ‘l’autorité judiciaire, em vérifiant que l’acte ou la résolution en question est illegal, l’annulera em totalité ou em partie, dans le but d’assuer le droit du justiciable’; ‘Sont réputés illegaux els actes ou décisions administratives en raison de la non-application ou del’application incorrecte du droit en vigueur’”.

autoritário do direito administrativo oitocentista, pois a lei limitava o controle do ato discricionário ao vício de legalidade e ao excesso de poder, claramente influenciado, ainda, pelo direito administrativo do Conselho de Estado francês.

Previu a Constituição, então, o *habeas corpus* como medida hábil a combater ilegalidade e abuso de poder, não se restringindo à mera defesa da liberdade de locomoção (Paula, 1979, p. 274; Moreira Neto, 1977, p. 18). No entanto, com o advento da reforma constitucional de 1926, o *habeas corpus* se restringiu à defesa da liberdade de locomoção, eclodindo o anseio por um novo remédio constitucional. Em 1934, outorgou-se nova Constituição, influenciada pela de Weimar, a qual criou o *mandado de segurança*. Após período do Estado Novo e do advento da Constituição de 1937, restabeleceu-se a democracia representativa por intermédio da Constituição de 1946, inserindo o mandado de segurança novamente no ordenamento jurídico, o qual passou a receber regulamentação do Código de Processo Civil de 1939 e pela Lei nº 1.533, de 31 de dezembro de 1951 (Moreira Neto, 1977, p. 18-20). Até o advento da Constituição de 1967, alterada pela EC 1/1969, nenhuma alteração legislativa relevante para o tema do “contencioso administrativo” foi realizada.

Foi com a promulgação da Emenda Constitucional nº 7/1977 que o “contencioso administrativo” tomou novo fôlego no cenário nacional. Sob o rótulo de reforma do Poder Judiciário, ela promoveu as alterações inseridas nos arts. 111; 153, § 4º; 203; 204 e 205, e autorizou a criação, por lei, do contencioso administrativo, garantindo-se a inafastabilidade de controle jurisdicional do ato administrativo impugnado. Diogo de Figueiredo Moreira Neto destaca limitações de três ordens acarretadas pelo texto da EC 1/1977: quanto às *pessoas*, quanto à *matéria* e quanto à *definitividade*. No tocante às *pessoas*, será plena a competência do contencioso administrativo somente se o litígio se travar entre a União, os Estados, o Distrito Federal, os Municípios e as respectivas autarquias, empresas públicas e sociedades de economia mista, ou entre umas e outras, nos termos do art. 205 da Constituição de 1967, alterado pela EC supracitada. Quanto à *matéria*, o rol é restrito: questões de servidores, fiscais, previdenciárias e relativas a acidentes de trabalho (Moreira Neto, 1977, p. 71-72). Por fim, quanto à *definitividade*, a falha da EC 7/1977 se encontra na timidez da abordagem pelo constituinte. Percebe-se que não se adotou a vinculação *formal* do contencioso administrativo à teoria da jurisdição una, atribuindo-se ao Poder Judiciário as competências para a jurisdição administrativa *ou* criando-se órgãos vinculados ao Poder Executivo para, exclusivamente, julgarem os litígios entre a Administração

e os particulares. Há flagrante hibridismo: o contencioso administrativo era formalmente ligado ao Executivo, exercia materialmente jurisdição, pois julgava conflitos que envolvessem a Administração, mas poderia suprimir (ablação) um grau de jurisdição, substituindo uma instância judiciária (Moreira Neto, 1977, p. 80-82).

No entanto, “o contencioso administrativo criado pelo constitucionalismo anterior não deu o passo fundamental no sentido da cisão da jurisdição em comum e especializada e, conseqüentemente, manteve a unidade de jurisdição” (Maiolino, 2012). Assim, a Constituição da República de 1988 revogou o ordenamento jurídico anterior e, atualmente, não mais existe previsão que permita a criação de um contencioso administrativo no Brasil.

2.5 A COMPARAÇÃO ENTRE O CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO FRANCÊS E A JURISDIÇÃO ADMINISTRATIVA BRASILEIRA

A principal contribuição do direito administrativo francês foi a sujeição do Estado às leis que cria e a atribuição da resolução de conflitos que envolvem a Administração Pública ao órgão jurisdicional vinculado ao Poder Executivo denominado Conselho de Estado. O ordenamento jurídico francês submete à responsabilização o Estado e o agente por prática de ilegalidade e excesso de poder. Esta fórmula foi reproduzida parcialmente pelo ordenamento jurídico brasileiro. Para além da autotutela – o dever de autocontrole –, a Administração Pública passou a ser controlada por órgãos titulares de jurisdição, responsáveis por realizar controle externo da sua atividade. Na França, em face da dualidade da jurisdição, criaram-se órgãos como o Conselho de Estado e figuras como o juiz administrativo, ambos vinculados ao Poder Executivo, mas dotados de deveres-poderes de resolução de litígios que envolvem o Estado, conforme se explicou antes. Por sua vez, no Brasil, vigê sistema de jurisdição una, no qual o Supremo Tribunal Federal ocupa o topo da hierarquia do Judiciário, sendo esse o “guardião da Constituição”, função essa que, na França, cabe ao Conselho Constitucional²⁴.

²⁴ Segundo Louis Favoreu (2004), o Conselho Constitucional exerce influência sobre a ordem jurídica e política. Afirma o autor que a jurisprudência constitucional está desafiando a dicotomia tradicional entre direito público e direito privado, impondo o direito constitucional como embasamento comum a todos os ramos da ciência do Direito para o fim de recuperar “suas funções originais de direito fundamental”; ainda, o Conselho Constitucional posicionou-se para dizer que “não exercia o poder político e que a Constituição não lhe conferia ‘um poder geral de apreciação e de decisão, idêntico ao do Parlamento’” (Favoreu, 2004, p. 101). Otto Pfersmann (2014, p. 141-142) traz uma importante nota

No Brasil, desenvolveu-se a teoria do controle jurisdicional dos atos administrativos a partir do controle da juridicidade e sobre os contornos da teoria do desvio de poder. Considerando que nenhuma ameaça de lesão ou lesão a direito poderá ser excluída da apreciação do Poder Judiciário (Brasil, 1988, art. 5º, inciso XXXV, das CR/1988), todo e qualquer ato administrativo poderá ser impugnado por meio de mandado de segurança (Brasil, 1988, art. 5º, inciso LXIX, da CR/1988), ação popular (Brasil, 1988, art. 5º, inciso LXXII, da CR/1988), ou, mesmo, por meio do exercício do direito de petição (Brasil, 1988, art. 5º, inciso XXXIV, *a*, da CR/1988) endereçada ao órgão do Poder Judiciário competente. Bem como, ainda, pelos demais remédios constitucionais previstos no sistema jurídico pátrio, como o *habeas corpus* (Brasil, 1988, art. 5º, inciso LXVIII, da CR/1988) e o mandado de injunção (Brasil, 1988, art. 5º, inciso LXXI, da CR/1988). Ou seja, cabe ao Poder Judiciário sobre a juridicidade da decisão administrativa.

O sistema constitucional brasileiro de unidade de jurisdição comporta a criação de tal estrutura, mantendo-se íntegra a separação de poderes operada pela Constituição de 1988. Entretanto, há criação de núcleos de especialização no âmbito do exercício do poder de julgar estatal. Exemplifica-se com a estruturação da Justiça Federal, a qual, por meio de seus juízes, deverá “processar e julgar” “causas em que a União, entidade autárquica ou empresa pública federal forem interessadas na condição de autoras, rés, assistentes ou oponentes, exceto as de falência, as de acidentes de trabalho e as sujeitas à Justiça Eleitoral e à Justiça do Trabalho”, nos termos do art. 109, inciso I, da Constituição.

A Justiça Federal é especializada nas matérias previstas no art. 109, e incisos, da CR/1988. Essa disposição impede que os juízes comuns, vinculados aos Poderes Judiciários estaduais, conheçam de pedidos cujos objetos estão inseridos nesse rol. Essa especialização do Poder Judiciário se discute desde a Proposta de Emenda Constitucional nº 11/1984, segundo notícia Dilvanir José da

sobre a função de direito fundamental do direito constitucional francês ao afirmar que “os direitos garantidos pela Constituição são certamente direitos que deverá respeitar o legislador, mas não são direitos por meio dos quais as pessoas que se julgam lesadas poderão apelar ao juiz a fim de que controle a lei, estando o acesso dos indivíduos excluído”. E, em nota de rodapé, ao esclarecer o trecho supracitado, destaca: “Claro que os cidadãos podem recorrer ao Conselho Constitucional como juiz eleitoral e poderá se dizer que o direito de voto é um direito fundamental. Mas não é este Direito Constitucional garantido que pode ser invocado como tal neste processo. Na França, o juiz eleitoral é um juiz da legalidade, isto é: da concretização legislativa do Direito Constitucional de voto e de elegibilidade” (Pfersmann, 2014, p. 142).

Costa (1985), e se concretizou, em parte, com a estruturação do Poder Judiciário Federal segundo o referido art. 109 da Constituição de 1988.

Não obstante, há jurisdição administrativa conferida aos juízes comuns, vinculados aos poderes judiciais estaduais. Por exemplo, é plenamente possível impugnar-se edital de licitação promovida por um Estado-membro por meio de mandado de segurança endereçado a juiz de direito; ou pode servidor público municipal questionar ato de demissão, praticado pelo Prefeito, ao arrepio do devido processo legal (Brasil, 1988, art. 5º, inciso LV, da CR/1988) ou ilegalmente, diante do seu regime jurídico funcional. O controle judicial, nesses casos, é exemplo de competência atinente à jurisdição administrativa exercida pelo Poder Judiciário estadual.

Considerando-se a exposição precedente, pode-se concluir que não há contencioso administrativo (sentido formal)²⁵, propriamente dito, no Brasil. Para viabilizar sua instituição seria necessário que o ordenamento jurídico fosse alterado e adequado, criando-se órgão na estrutura do Poder Executivo e atribuindo-se a tal órgão competências para o exercício de jurisdição, constituindo-o, então, do dever de resolver litígios sobre consequências da relação de administração a partir do texto constitucional, promovendo-se as mudanças infraconstitucionais necessárias. Não obstante, prudente adotar como melhor estrutura a unidade de jurisdição, pois, segundo alerta Jean Rivero (1981, p. 161), para além dos benefícios que justificaram sua criação, há inconvenientes manifestos na jurisdição dualista. “É muitas vezes difícil saber se uma questão deve ser apresentada perante os tribunais administrativos ou ordinários”. A unidade de jurisdição é suficiente para evitar conflitos de competência como esses mencionados pelo autor francês.

Desse modo, ao se traçar um paralelo entre a jurisdição administrativa francesa e a brasileira, pode-se afirmar que o juiz brasileiro tem maior liberdade funcional para realizar controle judicial (por iniciativa de terceiro interessado) de atos administrativos do que o juiz administrativo francês. Na França, o juiz administrativo só pode conhecer dos “litígios nascidos da atividade da Administração”, mas nem todos esses litígios competem à jurisdição administrativa (Rivero, 1981, p. 177). Estão excluídos da competência

²⁵ Entendido, aqui, em sentido formal, como “órgão ou conjunto de órgãos competentes para exercer jurisdição, com ou sem definitividade em suas decisões, em hipóteses de ameaça ou lesão de direitos subjetivos pela Administração” (Moreira Neto, 1977, p. 70).

administrativa os litígios entre particulares, os oriundos de atividade comum de órgãos públicos e os que envolvem autoridades públicas estrangeiras, explica Rivero (1981, p. 178). No Brasil, os juízes deverão conhecer qualquer lesão ou ameaça de lesão a direito, por força constitucional (Brasil, 1988, art. 5º, inciso XXXV, da CR/1988). Inegável afirmar que o juiz brasileiro tem uma gama muito maior de atribuições.

Esse olhar comparado permitiu constatar o aspecto positivo da jurisdição administrativa brasileira, fruto da especialização da atividade jurisdicional, qual seja, a abrangência e a profundidade de exercício da função judicial sob o aspecto do controle do agir dos órgãos de poder em exercício da função administrativa. Entretanto, a unicidade de jurisdição brasileira não proibiu a Administração Pública de tomar decisões instrumentalizadas por processos administrativos. Ao contrário, criou o dever de garantir a participação popular em suas decisões por meio do devido processo legal administrativo, em razão de as fontes formais do direito administrativo permitirem a autotutela (autocontrole, controle interno em sentido amplo) no exercício da função administrativa. Construiu-se um sistema de controle da relação de administração por meio do processo administrativo, instrumento para se produzir decisão sobre a juridicidade da atividade administrativa. E isso não se aproxima ao contencioso administrativo francês. Segundo Anapaula Trindade Marinho e Samir Salemkour (2011, p. 547), o que chamamos de processo administrativo, no Brasil, é denominado como *“procédure administratif non contentieux”* no Direito francês.

Desse modo, pode-se afirmar que há processo no âmbito da Administração Pública, diante do entendimento do *“procedimento”* como legitimador de decisões administrativas. Romeu Felipe Bacellar Filho (2014, p. 367-368) afirma que *“Candido Rangel Dinamarco, na esteira de Elio Fazzalari, anota que o procedimento é ‘um sistema de atos interligados numa relação de dependência sucessiva e unificados pela finalidade comum de preparar o ato final de consumação do exercício do poder’”*. Adicione-se a cooperação de sujeitos segundo a lógica do contraditório e o procedimento passa a ser um processo. Nesse tocante, considerando que o *“final de consumação do exercício”* do Poder Executivo (função administrativa) é o ato administrativo, pode-se constatar que o processo administrativo é *“modalidade de exteriorização da função administrativa”* (Bacellar Filho, 2014, p. 369). O exercício dessa função administrativa qualifica o agir administrativo processualizado como produto da atividade administrativa exercida diretamente por órgãos e entidades

da Administração Pública. Essa é uma tendência. Ricardo Perlingeiro (2012, p. 14) reconhece que, em médio prazo, “o aperfeiçoamento das denominadas ‘autoridades administrativas independentes’ é o caminho natural”. O poder de autotutela, de controle interno, já existe e é realidade. Faz-se necessário apurar a qualidade do capital humano do Poder Executivo.

2.5.1 O agir administrativo processualizado no Brasil

No subtópico anterior, afirmou-se que o agir administrativo é *processualizado* em face da garantia fundamental do devido processo legal preceituada no art. 5º, inciso XXXV, da CR/1988. Entretanto, nem sempre foi assim.

O direito administrativo, que se desenvolveu no período posterior à Revolução Francesa, preocupava-se com o agir imperativo e unilateral do Estado e, conseqüentemente, com o ato administrativo produto de sua atividade. Originariamente, tentou conciliar a necessidade de asseguramento da ordem pública, pelo Estado, por meio de prerrogativas e as sujeições às quais, por sua vez, está vinculado. Mas preponderou o caráter autoritário na relação de administração (Justen Filho, 2008, p. 66-67). No Brasil, Antonio Carlos Cintra do Amaral (2008, p. 26-27) afirma que é comum encontrar a citação de trecho consagrado da obra de Seabra Fagundes (2010, p. 3) na doutrina brasileira (“administrar é aplicar a lei de ofício”), destacando-se a ideia de que administrar é só o cumprir a lei de maneira automática. Entretanto, entender que essa definição de Seabra Fagundes encerra um dever irresistível de estrita legalidade é negar o efeito da *constitucionalização do direito sobre o direito administrativo*²⁶. A

²⁶ Marçal Justen Filho destaca o papel da “permeabilização do Direito Administrativo pelo Direito Constitucional”. Afirma que tal fato “conduz à correspondente revisão das estruturas clássicas da disciplina. No entanto, o processo de constitucionalização do Direito Administrativo ainda se encontra em etapa inicial. Existe uma notável defasagem entre o Direito Administrativo e a evolução filosófico-jurídica do restante do direito público. A organização do aparato administrativo do Estado se modela pelas concepções napoleônicas, que traduzem uma rígida hierarquia de feição militar do século XIX. A fundamentação filosófica do Direito Administrativo ainda se reporta à clássica disputa entre Duguit e Hauriou, ocorrida nos primeiros decênios do século XX. Mais do que isso, predomina a influência do pensamento de Hauriou muito mais intensamente do que a de Duguit. O conteúdo do Direito Administrativo é preenchido por institutos vinculados a concepções políticas de um período distante. Ou seja, o Direito Administrativo continua vinculado à concepções filosóficas, políticas e constitucionais que vigoravam na primeira metade do século XX. A evolução radical do constitucionalismo do final do século XX permanece ignorada pelo Direito Administrativo. O resultado é que o Direito Administrativo, nos dias atuais, exterioriza-se em concepções e institutos que refletem uma visão autoritária da relação entre o Estado e o indivíduo. A manifestação mais evidente desse descompasso reside na concepção de que o fundamento do Direito Administrativo consiste

conformação clássica da dogmática do direito administrativo é autoritária por ignorar a importância do indivíduo (Justen Filho, 2008, p. 67).

Floriano de Azevedo Marques Neto tece crítica à conformação clássica ao mirar seu instituto mais importante: o ato administrativo. Segundo o autor, este, “tomado pelo ângulo interno ao sistema administrativo, tratado pelo vetor da estrutura da Administração Pública”²⁷, deve ser denominado por “ato administrativo autista”²⁸, considerando que é produzido à margem da esfera de direitos do “administrado” (Marques Neto, 2011, p. 96). O oposto do ato administrativo denominado autista é aquele produzido segundo a visão funcional do direito administrativo, levando em consideração seu impacto sobre a esfera de direitos individuais a partir da participação do particular em sua formação²⁹.

na supremacia do interesse público. Essa proposta incorpora o germe da rejeição à importância do particular, dos interesses não estatais e das organizações” (Justen Filho, 2008, p. 66-67).

²⁷ Nesse ponto, importante citar a distinção entre a visão estrutural e a visão funcional do Direito Administrativo construída por Floriano de Azevedo Marques Neto (2011, p. 95-96): “De um lado, temos a visão estrutural do direito administrativo, que privilegia o ângulo *ex pars principii*; do outro a visão funcional, com relevo à mirada *ex pars populi*. Tomado pelo ângulo estruturalista, o ato administrativo é visto como um instrumento autônomo de manifestação do poder, que se forma, é editado e se executa a partir das premissas internas ao sistema jurídico administrativo, independentemente dos interesses, interferências e injunções do administrado que, em última instância, é causa e destino do próprio ato. Numa vertente funcionalista, o ato administrativo só teria razão de ser a partir da função que exerce em relação à esfera de direitos dos indivíduos; ou seja, como manifestação de poder extroverso, todo ato administrativo afeta a esfera de direitos individuais seja para restringi-los, seja para consagrá-los e, sendo assim, haveria necessariamente que ser tomado também a partir das condicionantes externas do sistema jurídico administrativo”.

²⁸ Floriano de Azevedo Marques Neto (2011, p. 97) conceitua o “ato administrativo autista” como a “manifestação unilateral da Administração Pública, por intermédio de agente competente, no exercício de poder extroverso e praticado em cumprimento estrito de um comando legal, sujeitando-o ao controle judicial quanto aos aspectos de legalidade”.

²⁹ Nesse sentido, importantíssima e magistral a análise de André Saddy (2014, p. 396-397) sobre a distinção entre subjetividade e apreciatividade no âmbito da atuação discricionária: “[...] a chamada subjetividade ou autonomia pública do administrador possui diferentes modalidades de margem de liberdade de órgãos administrativos, que, por conseguinte, possui elementos que a integram, sendo os mais estudados a liberdade conformadora do legislativo e do governo, a discricionariedade administrativa em sentido técnico-jurídico e a margem de livre apreciação dos conceitos jurídicos indeterminados. Não são poucos os que defendem que existem outras formas de liberdade ou margens distintas destas três. As mais mencionadas são poderes agraciáveis, facultativo, avaliativo e até uma liberdade prognóstica. Há, também, quem defenda que existe uma discricionariedade de desvio (*deviational discretion*), configurada como o poder para atuar de acordo com o melhor juízo do agente, inclusive, que não está autorizado ou até proibido por normas de competência. Segundo seus defensores, a conduta de desvio somente é aceitável como de contexto do sistema jurídico porque é consoante com a finalidade básica do sistema legal. Outros preferem o termo discricionariedade de

Nessa esteira de legitimação, surge a legitimação pelo procedimento, analisada por Niklas Luhmann (1985). Segundo o autor, os processos são:

[...] sistemas sociais especiais, que são constituídos de forma imediata e provisória para elaborar decisões vinculativas. [...]. Sua função legitimadora fundamenta-se nessa separação em termos de papéis sociais. Nos processos, os participantes são dotados de papéis especiais enquanto eleitores, representantes do povo, acusadores, acusados, requerentes, testemunhas, etc., dentro dos quais eles devem poder comportar-se livremente, mas apenas segundo as regras do sistema processual – e não enquanto marido, sociólogo, sindicalista, etc. [...] Ao longo do processo, os participantes são levados a especificar suas posições com respeito aos resultados em cada caso ainda em aberto, de tal forma que ao final seu objetivo não possa mais parecer com o objetivo de qualquer outro terceiro. [...] Os processos têm, assim, por objetivo especificar os temas conflitantes, antes do desencadeamento da força física, no sentido de isolar e despolitizar o relutante enquanto indivíduo. Juntamente com a força física, eles representam uma combinação de mecanismos generalizantes e especificantes que sustenta a legitimação da decisão jurídica. (p. 65-66)

dispensa como uma autorização de exceção em casos atípicos que permitem que a Administração se desvie da realização dos efeitos jurídicos fixados na norma, por razões comprovadas de especial relevância. E tem ainda quem preferir mencionar uma discricionariedade não autorizada ou assumida (*unauthorized or assumed discretion*), como aquelas em que os agentes públicos assumem, sem autorização expressa, uma margem de liberdade para afastar-se da norma jurídica por razão de justiça, por necessidade prática ou conveniência e oportunidade. Os agentes públicos estão mais preocupados com a finalidade e propósito da norma do que com a letra estrita da lei. [...] A apreciabilidade administrativa é aquela margem de liberdade de que a Administração dispõe para adotar uma eleição/decisão, normalmente rápida e rotineira, ante situações de fato que o requerem. São os casos em que as garantias procedimentais praticamente não existem, seja porque se está diante de um caso de ação não deontica, ou pela imediatidade da atuação. A motivação formal prévia tampouco existe nesses supostos, ainda que se possa motivar ou justificar a atuação ulteriormente. A apreciabilidade na realidade é inferida da interpretação sistemática de um conjunto de normas. Deduz-se, portanto, da destinação da prestação, isto é, da composição e de funcionamento dos órgãos competentes para determinar seu alcance”.

Pode-se extrair das lições citadas que Niklas Luhmann (1985), quando analisou a legitimação pelo procedimento, contribuiu epistemologicamente para a teoria do direito e definiu que as relações humanas são processualizadas, na qual cada participante é dotado de um papel obrigado a seguir as regras predispostas pelo sistema processual. Odete Medauar interpreta essa dinâmica e a insere no seio da relação de administração. Afirma que, para a imperatividade do poder não configurar opressão ao indivíduo, representar o posicionamento unilateral e parcial da Administração, necessária a manifestação paritária, em processo “pré-constituído”. “Desse modo, a imperatividade do ato apresenta-se como resultado de um processo que viu o confronto de muitos interesses, direitos e deveres e chegou a um ponto de convergência” (Medauar, 2008a, p. 70).

Assim, o controle dos atos administrativos segue, basicamente, essa fórmula no modelo burocrático, em que os interessados podem participar ativamente para atingimento de um melhor conteúdo das decisões administrativas. “Com isso, se ampliam os pressupostos objetivos da decisão administrativa” (Medauar, 2008a, p. 69). Essa dialogia pode conduzir a melhores resultados obtidos pelas decisões, favorecendo o uso do direito administrativo como “caixa de ferramentas”, ressaltando-se seu caráter prático para resolução de problemas da Administração Pública, e não trabalhar o Direito Administrativo por meio de um estilo expositivo-sistemático, científico, taxionômico e conceitualmente concatenado, pressupondo coerência e certeza (Sundfeld, 2012, p. 39).

O princípio democrático está visceralmente ligado à procedimentalização dos atos administrativos, pois permite a realização da pluralização das manifestações acerca do conteúdo das decisões a serem adotadas pela Administração Pública. Nesse sentido, Romeu Felipe Bacellar Filho (2003, p. 130) ensina:

A procedimentalização do agir administrativo, a fixação de regras para o modo como a Administração deve atuar na sociedade e resolver os conflitos configura, assim, condição indispensável para a concretização da democracia. Sem a fixação do procedimento administrativo, impossibilita-se qualquer relação estável entre Administração e cidadão, onde cada um saiba até onde vai o poder do outro e como este poder será exercido.

A Administração Pública enfrentou importantes mudanças de paradigmas. Jean Rivero (1981, p. 34) afirmou, em 1975, que “é evidente em todos os domínios de acção do poder a necessidade de fórmulas menos autoritárias, que façam apelos à cooperação dos particulares e não ao constrangimento”. O binômio legalidade-legitimidade recebe luzes advindas de outros prismas, cuja orientação juspolítica se origina da vinculação da atividade administrativa aos direitos fundamentais. Segundo Diogo de Figueiredo Moreira Neto (2008, p. 36):

[...] é a presumida *concordância geral* de que um determinado *comportamento*, seja individual ou coletivo, uma vez considerado socialmente necessário ou simplesmente útil, *deve ser imitado e reiterado em escala social*, que a torna indutora da lenta sedimentação de *instituições*, um fato que, desde logo, aponta o relevante papel de coesão social desempenhado pelo *consenso*, tanto na *origem do poder* coletivamente considerado, como na *própria natureza da organização social*, que essa qualidade aglutinante propicia.

A *processualidade* da Administração Pública proporciona legitimidade, segundo Luhmann; mas, também, estabilidade em face da previsibilidade das decisões a serem tomadas, pois um comportamento necessário ou útil deve ser imitado e reiterado em escala social, segundo Diogo de Figueiredo Moreira Neto (2008, p. 36), e o processo administrativo é instrumento garantidor desses elementos de segurança social. Por isso, diante do necessário posicionamento do cidadão diante do sistema processual, dinâmico por natureza, a Administração Pública deverá considerar a consensualidade como caracterizadora de sua atividade; por isso, *processualidade* e *consensualidade* são marcas do agir administrativo contemporâneo. Desse modo, a sociedade poderá se organizar em dois modelos consensuais: o contratual e o convencional. Analisando-se histórica e jusfilosoficamente, se pode remontar à Antiguidade (nos ensinamentos das religiões primeiras), passando-se ao Renascimento, pelas ideias de consenso social e legitimidade das instituições. Diogo de Figueiredo Moreira Neto (2008, p. 38) leciona que

o conceito consensual *convencional*, distintamente do conceito consensual *contratual*, parte, assim, da ideia de que a *segurança* obtida convencionalmente resulta da *presunção* de que todos se comportarão de acordo

com a *expectativa* de que pelo menos uma expressiva maioria adotará esse mesmo *previsível comportamento*. É sob essa presunção que pode germinar no meio social a *confiança*, essa virtuosa situação que a doutrina contemporânea precisamente caracteriza como uma “*expectativa de reciprocidade*”.

A consensualidade presume o agir previsível, confiável. Assim:

Em suma, a *consensualidade*, posta como alternativa preferível à *imperatividade*, sempre que possível, ou em outros termos, sempre que não seja necessário aplicar o poder coercitivo, o que se vai tornando válido até mesmo nas atividades delegadas, em que a coerção não é mais que uma fase eventual ou excepcional do emprego do poder (ex.: o poder de polícia). (Moreira Neto, 2007, p. 41)

A partir desses dados, pode-se definir uma caracterização da consensualidade subsumida às funções precípua do Estado: consensualidade na produção normativa (“regulática”); uso de meios alternativos consensuais “de coordenação de ações, por cooperação e por colaboração”; e consensualidade na resolução de conflitos. Destaque para a consensualidade na resolução de conflitos através de meios para autocomposição, como a mediação ou o fomento, forma de atuação estatal claramente consensual. O fomento estatal é um exemplo de que a consensualidade permeia o agir administrativo (Moreira Neto, 2007, p. 41). Para Vasco Pereira da Silva (2003, p. 466),

inversão radical das funções normalmente atribuídas ao acto administrativo é a que se verifica quando este – de instrumento ‘autoritário’ de aplicação do direito ao caso concreto, que se dizia ser – se transforma num mecanismo de *concertação* com os particulares, destinado a obter a sua aceitação e colaboração para o desempenho das tarefas administrativas.

Segundo o mesmo autor, a concertação da Administração com os particulares “é consequência da condenação ao fracasso da tentativa de utilização de meios autoritários nos domínios da Administração prestadora e conformadora ou infraestrutural” (Pereira da Silva, 2003, p. 466).

O agir administrativo dinâmico³⁰ – para nós, processualizado – é uma consequência do devido processo legal administrativo, verdadeira democratização da tomada de decisões, seja no âmbito do Poder Executivo, seja no do Poder Judiciário. Em face do previsto no art. 5º, inciso LV, da Constituição de 1988, cabe o reconhecimento por parte do Direito sobre a necessidade de diálogo para a legitimação do processo de tomada de decisão do Estado. A visão luhmanniana de processo como uma relação sistêmica contribui para que se afirme a necessidade de a relação de administração se caracterizar pelo diálogo público privado como a tônica da decisão administrativa, ou seja, para a consideração das consequências que poderão onerar o indivíduo, valorizando-o e tornando o agir administrativo legitimamente democrático, nos exatos termos exigidos pela cláusula constitucional do devido processo legal administrativo.

3 CONCLUSÕES

Este trabalho tratou de dois temas que envolvem a temática da justiça administrativa: (i) da inexistência de relação entre o contencioso administrativo francês e a jurisdição unitária brasileira e (ii) a diferença entre o contencioso administrativo francês e a processualidade do agir administrativo no Brasil.

O texto avaliou a estrutura histórico-normativa do contencioso administrativo francês, inserido no contexto constitucional de jurisdição dualista, e a comparou com a estrutura histórico-normativa da jurisdição administrativa brasileira, inclusive considerando a evolução histórica dos dois sistemas. Na França, percebeu-se que o ordenamento jurídico – no que tange à hipótese (i) – (a) criou órgãos vinculados ao Poder Executivo do Estado francês – o Conselho de Estado – e atribuiu a eles atribuições de julgar os litígios envolvendo a Administração Pública francesa; (b) conferiu a esses órgãos poder jurisdicional para decidir em última instância sobre a resolução dos conflitos, impedindo o Poder Judiciário de apreciar a decisão produzida no âmbito do contencioso administrativo. No Brasil, a (c) jurisdição monista (d) confere ao Poder Judiciário – consolidação da Constituição de 1988 – apreciar todo ato que produza lesão ou ameace lesionar direito, inclusive decisões da Administração Pública, fato que indica (e) inexistência de contencioso administrativo – no sentido criado pelo Direito francês – no Brasil.

³⁰ Destaque-se a posição de Marçal Justen Filho (2013, p. 335-336): “O fundamental está em considerar a atuação administrativa de modo global, não cada ato isoladamente”.

Por sua vez, no caso da hipótese (ii), foi possível provar que, (f) por meio da análise da estrutura histórico-normativo do contencioso administrativo francês, não há qualquer ligação entre esse e o processo administrativo brasileiro, por sua vez, marcado pela processualidade administrativa característica do agir da Administração Pública brasileira. O (g) contencioso administrativo francês recebeu poderes jurisdicionais para decidir em última instância sobre a resolução de conflitos, realizando verdadeiro controle externo da Administração; enquanto (h) o processo administrativo é fundado na cláusula do devido processo legal administrativo, o qual conduz à ideia de *processualidade* e *consensualidade* nas decisões administrativas, necessária a participação popular para legitimação do agir administrativo; desse modo, o processo administrativo é instrumento de autotutela, ao tempo que coíbe a prática de *atos administrativos autistas* ao incluir o particular no processo decisório e ocupa a Administração de concretizar direitos fundamentais por meio da *processualidade* e da *consensualidade*, marcas do agir administrativo contemporâneo.

Portanto, pode-se afirmar que há processo no âmbito da Administração Pública, diante do entendimento do “procedimento” como legitimador de decisões administrativas, assim como se pode entender existente, com André Saddy (2016-b, p. 99), dimensões ou tipos de autorregulação privada portadores de desvantagens (tais como o atendimento a interesses corporativos) e de vantagens (tais como maiores eficiência e flexibilidade). O agir administrativo é *processualizado* em face da garantia fundamental do devido processo legal preceituada no art. 5º, inciso XXXV, da CR/1988. Em face desse dispositivo, cabe o reconhecimento por parte do Direito sobre a necessidade de diálogo para a legitimação do processo de tomada de decisão do Estado.

3.1 PROBLEMATIZAÇÕES SOLUCIONADAS

Seguindo o rigor metodológico que se impõe a um escrito científico, este *paper* foi precedido pelos prolegômenos metodológicos (item 1.1), e, em consequência deles, as problematizações foram apresentadas na forma de perguntas (item 1.1.2), que são as que constam a seguir, desta vez acompanhadas das rápidas respostas que, por sua vez, encontram farto respaldo justificativo no desenvolvimento do trabalho (item 2).

As perguntas foram:

- a) Problema de pesquisa número 1: O contencioso administrativo francês é puro?

- b) Problema de pesquisa número 2: Até que ponto a jurisdição administrativa brasileira é, de fato, uma?
- c) Problema de pesquisa número 3: O Brasil está certo ao adotar uma jurisdição togada una (inclusive em questões administrativas)?
- d) Problema de pesquisa número 4: No Brasil, os direitos fundamentais ao (i) devido processo legal e ao (ii) contraditório e à ampla defesa são observados nos procedimentos administrativos-administrativos³¹ e nos processos administrativos judicializados?

As respostas são:

- a) Sim, é puro o contencioso administrativo gaulês, posto que as questões que envolvem Administração e particular(es) se resolvem nos órgãos próprios do Poder Executivo.
- b) É una no sentido de que ao Judiciário não é vedado apreciar lesão ou ameaça de lesão a direito, seja na área cível, na criminal, na administrativa ou em qualquer outra seara do direito público ou privado. Não obstante, há órgãos não judiciais brasileiros que têm o poder constitucional e legal de proferir decisões aptas a produzir efeitos, e entre eles se encontram os Tribunais de Contas, os Conselhos de Recursos Fiscais, o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade) e as Comissões Processantes em Processos Administrativos Disciplinares (PAD).
- c) Sim, age corretamente o Brasil, e exemplo disso é o fato de os próprios doutrinadores franceses denunciarem que, inúmeras vezes, os problemas oriundos da dualidade francesa imprimem dúvidas à própria Administração e muito mais aos administrados, que acabam por desconhecer quais seriam os caminhos corretos; a definição das competências é o que mais tem marcado o contencioso administrativo francês.
- d) Sim, tanto em um caso como em outro.

REFERÊNCIAS

AMARAL, Antônio Carlos Cintra do. *Teoria do ato administrativo*. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

³¹ Levados a cabo exclusivamente pelo Poder Executivo.

BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. A jurisdição administrativa no direito comparado: confrontações entre o sistema francês e o brasileiro. In: _____. *Reflexões sobre direito administrativo*. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 59-78.

_____. Procedimento administrativo. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella (Coord.); _____. MARTINS, Ricardo Marcondes. *Tratado de direito administrativo*. São Paulo: RT, v. 5, 2014. p. 361-721.

_____. *Processo administrativo disciplinar*. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 2003.

CAETANO, Marcello. *Princípios fundamentais do direito administrativo*. Almedina: Coimbra, 2003.

COSTA, Dilvanir José da. O contencioso administrativo e a nova meta da especialização da Justiça. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, ano 22, n. 88, p. 149, out./dez. 1985.

CUNHA FILHO, Alexandre Jorge Carneiro da. Legalidade e consensualidade: a Administração precisa de lei para fazer acordos? *Revista de Contratos Públicos – RCP*, Belo Horizonte, ano 4, n. 7, mar./ago. 2015. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/PDI0006.aspx?pdiCntd=236731>>. Acesso em: 26 out. 2016.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Introdução: do direito privado na Administração Pública. _____. (Org.). *Direito privado administrativo*. São Paulo: Atlas, 2013. p. 1-20.

DOMINGUES, Victor Hugo. Ótimo de Pareto. In: RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; KLEIN, Vinicius. *O que é análise econômica do direito: uma introdução*. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 39-47.

ESTORNINHO, Maria João. *Fuga para o direito privado – Contributo para o estudo da atividade de direito privado da Administração Pública*. 2. reimp. Coimbra: Almedina, 2009.

FAGUNDES, Seabra Miguel. *O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário*. 8. ed. atual. por Gustavo Binenbojm. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

FAVOREU, Louis. *As cortes constitucionais*. São Paulo: Landy, 2004.

GILISSEN, John. *Introdução histórica ao direito*. 5. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2008.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. 9. ed. São Paulo: Thomson Reuters – Revista dos Tribunais, 2013.

_____. O direito administrativo de espetáculo. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (Coord.). *Direito administrativo e seus novos paradigmas*. Belo Horizonte: Fórum, 2008. p. 65-85.

LUHMANN, Niklas. *Sociologia do direito II*. Trad. Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1985.

MAIOLINO, Eurico Zecchin. Unicidade e dualidade de jurisdição: o contencioso administrativo. *Revista Brasileira de Direito Público - RBDP*, Belo Horizonte, ano 10, n. 39, out./dez. 2012. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/PDI0006.aspx?pdiCntd=83824>>. Acesso em: 19 maio 2016.

MARINHO, Anapaula Trindade; SALEMKOUR, Samir. Contencioso administrativo. In: COSTA, Thales Morais da (Coord.). *Introdução ao direito francês*. Curitiba: Juruá, v. 1, 2011. p. 547-581.

MARQUES NETO, Floriano Azevedo. A superação do ato administrativo autista. In: MEDAUAR, Odete; SCHIRATO, Vitor Rhein (Coord.). *Os caminhos do ato administrativo*. São Paulo: RT, 2011.

MEDAUAR, Odete. *A processualidade no direito administrativo*. 2. ed. São Paulo: RT, 2008a.

_____. Administração Pública: do ato ao processo. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (Coord.). *Direito administrativo e seus novos paradigmas*. Belo Horizonte: Fórum, 2008b.

MONTESQUIEU. *De l'esprit des lois*. Paris: Hachette, 1968.

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

_____. *Mutações do direito administrativo*. 3. ed. Rio de Janeiro: 2007.

_____. *Quatro paradigmas de direito administrativo*. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

PAGLIARINI, Alexandre Coutinho; CHOUKR, Fauzi Hassan (Coord.). *Cooperação jurídica internacional*. Belo Horizonte: Fórum, 2014.

PAULA, Edylcéa Nogueira de. Contencioso administrativo. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, ano 16, n. 62, p. 271-280, abr./jun. 1979.

PERLINGEIRO, Ricardo. A justiça administrativa brasileira comparada. *Revista CEJ*, Brasília, ano XVI, n. 57, p. 6-18, maio/ago. 2012.

_____; GRECO, Leonardo. A jurisdição administrativa no Brasil. In: _____. BLANKE, Hermann-Josef; SOMMERMANN, Karl-Peter. *Código de jurisdição administrativa (o modelo alemão)*. Rio de Janeiro, 2009. p. 61-72.

PFERSMANN, Otto. *Positivismo jurídico e justiça constitucional no século XXI*. Trad. Alexandre Coutinho Pagliarini. Prefácio: Jorge Miranda. Apresentação: Francisco Rezek. São Paulo: Saraiva, 2014.

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

SADDY, André. *Apreciatividade e discricionariedade administrativa*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014-d.

_____. *Formas de atuação e intervenção do Estado brasileiro na economia*. 2. ed. Rio de Janeiro, 2016-c.

_____. *Limites à tomada de decisão e controle judicial da administração pública*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016-a.

_____. *Regulação estatal, autorregulação privada e códigos de conduta e boas práticas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016-b.

SUNDEFELD, Carlos Ari. Conversando sobre direito administrativo. In: _____. *Direito administrativo para céticos*. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 19-48.

_____. Le droit administratif hors cadre: la perspective du Brésil. In: *Mélanges en l'honneur de Pierre Bom: Long cours*. 1. ed. Paris: Dalloz, v. 1, 2014. p. 635-660.

WEIL, Prosper. *O direito administrativo*. Almedina: Coimbra, 1977.

Submissão em: 29.05.2017

Avaliado em: 03.08.2017 (Avaliador A)

Avaliado em: 16.08.2017 (Avaliador B)

Aceito em: 16.11.2017

