

## Justiça Administrativa

MAURÍCIO DE LIMA E SILVA

### O PRIMADO DA LEI

A administração, no Estado moderno, não dispõe de um poder arbitrário, em sentido absoluto. A discricção de seus atos está limitada pela lei. Como o particular, deve observar as regras do direito e, se as viola, sujeita-se às sanções legais, aplicadas através da justiça. E' essa supremacia da lei que caracteriza o Estado legal, o Estado de Direito. Sabemos que a cada direito se contrapõe um dever. A lei existe para assegurar a livre fruição dos direitos, impondo sua tolerância por parte do titulares do dever jurídico, seja este o particular ou a administração. Nêste último caso, a liberdade individual, sob a tutela da lei e a ação corretora da justiça, é preservada contra as atuações abusivas do poder público.

### REGIMES JURISDICIONAIS

Entretanto, não é uniforme a maneira pela qual o Estado moderno se submete ao Direito e à Justiça. Difere fundamentalmente em dois grandes tipos: ora temos a administração subalterna ao mesmo direito e à mesma justiça que o particular; ora ela se subordina a um direito especial administrado por um tribunal também especial. O primeiro sistema é denominado sistema de unidade jurisdiccional; o último, sistema de dualidade jurisdiccional. Aquêlê tem por paradigma a justiça dos países anglo-saxões e é adotado no Brasil; êste tem por modêlo a justiça francesa e é seguido por quase todos os Estados da Europa Continental.

Estes dois grandes tipos são suscetíveis de se combinarem sob diversas formas, ao influxo, na maioria das vêzes, das contingências da dinâmica histórica de cada país. Mas é fora de dúvida que a jurisdição dual tende, mais e mais, a prevalecer dentre os diferentes sistemas existentes. Isso porque se vai configurando sua excelência à medida que se precisa a posição *sui generis* do direito administrativo. O sistema da unidade jurisdiccional restringe ao poder judiciário a competência para apreciar em definitivo os atos em que o Estado fôr diretamente interessado. Os anglo-saxões, motivados por um excessivo culto do liberalismo, repelem a idéia da dualidade de jurisdição: parece-lhes essencial à configuração do regime liberal que a administração pública esteja submetida ao direito nas mesmas condições em que está o simples particular. A fórmula dual parece-lhes como que uma quebra do princípio liberal. Seria a expressão de um sistema de privilégio em favor da administração.

Nada mais ilusório. A imputação caberia somente nos casos em que a própria autoridade administrativa julgasse em definitivo os atos por ela praticados. Não é o que acontece, porém, na hipótese da existência de uma justiça administrativa. Esta pressupõe uma completa autonomia de ação no julgamento dos conflitos de que participa o Estado. Embora integrada na estrutura da administração pública, a esta se sobrepõe em virtude da própria natureza e das condições de exercício de suas funções jurisdicionais.

O liberalismo do sistema jurisdicional francês é um argumento de peso em face dos temores anglo-saxões. O observador imparcial pode verificar como os tribunais administrativos franceses, tendo à frente o Conselho de Estado, vêm de há muito, firmando seu papel de defensor dos direitos dos administrados, no que diz respeito, principalmente, à *legalidade* e à *responsabilidade* dos atos da administração. A especificidade do direito administrativo, bem como sua fundamentação teleológica, são outros elementos poderosos em favor da dualidade jurisdicional, como veremos em seguida.

#### AUTONOMIA DO DIREITO ADMINISTRATIVO

O Direito Administrativo manifesta-se em todos os seus aspectos como um direito especial regido por normas fundamentalmente diversas das do direito comum. Podemos observar esta autonomia quando consideramos, por exemplo: as relações jurídicas entre o funcionário e o Estado, a condição jurídica do domínio público, a feição especialíssima dos contratos de Direito Público, a responsabilidade civil do Estado, etc. Essa autonomia manifesta-se, tanto mais nítida, se levamos em conta que, ela não se refere à nuance ou a regras acessórias mas, sim, que se caracteriza através de aspectos diferenciais, fundamentais como, por exemplo, a *inalienabilidade* do domínio público ou a *feição estatutária* da situação jurídica do funcionário.

Não se pode dizer que essa autonomia constitua mera forma de racionalização disfarçando sempre o interesse da administração. Longe disso: a *teoria do risco*, no campo da responsabilidade civil ou a *teoria da imprevisão*, em matéria contratual, são exemplos eloqüentes de teorias favoráveis ao particular nas suas relações de direito administrativo.

Por outro lado, o caráter particularista do direito administrativo se manifesta sobretudo através das chamadas *prerrogativas* de direito público, que não encontram analogia no campo do direito comum. Elas têm por base o poder de coagir através do ato unilateral; permitem à administração constranger o particular a um fazer, a um não fazer ou a um tolerar que se faça, e assim contrastam fortemente com os princípios do direito privado, impregnados pela concepção da autonomia da vontade. Assim acontece quando a administração impõe ao administrado regras gerais (leis, regulamentos, etc) ou particulares (injunções). Assim acontece quando o particular é coagido ao cumprimento de prestações em dinheiro (taxação) ou em bens imóveis e móveis (desapropriações, requisições).

As prerrogativas de direito público constituem, portanto, as manifestações mais espetaculares da especificidade do direito público.

Ora, essa especificidade não se justifica como um instrumento de dominação do particular pelo Estado. Muito ao contrário, ela decorre essencialmente da noção de serviço público. *A noção de soberania.*

Em pleno século XVIII e mesmo em boa parte do século XIX, esteve muito em voga a idéia da *soberania*. O Estado era compreendido como uma pessoa jurídica dotada de qualidade especial — a soberania — que o colocava em uma posição de prevalência, em suas relações com o particular. O direito civil concebido na base da igualdade das vantagens não poderia ser válido para a tutela das relações entre êsse Estado soberano e os indivíduos. Donde a necessidade da existência de um direito especial para essas relações; donde a justificação do direito administrativo.

#### ATOS DE IMPÉRIO, ATOS DE GESTÃO

A noção de soberania foi posteriormente corrigida pela distinção entre atos de império e atos de gestão. O Estado, admitia-se, nem sempre agia na qualidade de entidade soberana. Isso só se dava quando êle atuava autoritariamente sob a forma de ordens, interdições, regulamentações, etc. Nêsses casos, os atos praticados pelo Estado eram atos de império. Ao contrário, se êle não fizesse uso de seu poder impositivo, mas se comportasse como simples particular, ao tratar de igual para igual em suas relações com o administrado, estariamos em face de atos de gestão.

A distinção era importante porque limitava o campo de aplicação do direito administrativo. Sòmente os atos de império estariam sob a tutela do direito administrativo: para a atividade de gestão prevalecia o direito comum.

#### A NOÇÃO DO SERVIÇO PÚBLICO

Hoje não há que falar de *poder público* ou soberania. A distinção entre atos de império e atos de gestão apresenta aspectos fronteiriços, “zonas cinzentas” que engendram situações problemáticas ao pretender-se dicotonizá-las para o preto ou para o branco. DUGUIT e outros autôres, ao estabelecerem crítica enérgica à noção de soberania, lançaram a concepção do serviço público que domina modernamente como fundamento e como campo de aplicação do direito administrativo.

Por serviço público entende-se todo empreendimento da entidade pública, visando à satisfação de uma necessidade de interêsse geral, v.g., a ordem pública, a defesa nacional, os serviços de telecomunicações, etc.

Esta concepção liga-se essencialmente à idéia do interêsse geral: não é outro o fim a que visa o serviço público. O Estado, ao constatar que uma determinada necessidade de ordem geral não vem sendo satisfeita ou o vem sendo de modo precário através da iniciativa particular, chama a si o encargo e erige em serviço público as atividades destinadas à sua satisfação.

Ora, ao servir de fundamento à idéia de direito administrativo, o serviço público serve ao mesmo tempo de base para o conceito de jurisdição administrativa. Esta tem precisamente razão de ser no fato de existir um direito especial a aplicar.

Também o campo de aplicação da justiça administrativa está limitado pela noção de serviço público. Sòmente quando existe serviço público é que se aplica o direito administrativo e, por conseguinte, só nêste caso se configura a competência da justiça administrativa.

## JURISDIÇÃO ADMINISTRATIVA

Por jurisdição administrativa entende-se a esfera de tribunais especiais distinta da esfera de tribunais jurisdicionais e destinada a apreciar os litígios suscitados pela atividade administrativa.

Vimos que a justificação da justiça administrativa está na necessidade, que se tem, de aplicar um direito especial.

Ora, êsse aspecto escapa totalmente às razões de ordem histórica que motivaram o surgimento da justiça administrativa.

Razões políticas e constitucionais, e não, argumentos de técnica jurídica, provocaram o processo de emancipação da jurisdição administrativa francesa, o protótipo da dualidade de jurisdição. Tais razões se relacionam intimamente com o princípio da separação dos poderes.

## SEPARAÇÃO DE PODERES

Não há grande evidência no esclarecimento acima, mas uma vez que as paízes anglo-saxões assistiram ao nascimento do princípio da separação dos poderes (Locke, Montesquieu e os constitucionalistas norte-americanos) e — paradoxal! — precisamente nêle fundamentam a existência da unidade jurisdicional. O exercício da função judicial pela administração parece-lhes a quebra do princípio pela usurpação de atribuições que, no seu entendimento, são da competência exclusiva do poder judiciário.

A experiência constitucional vem, dia a dia, pondo à mostra os aspectos negativos de uma tal hermética compreensão. Exemplo expressivo está no abandono por que vem passando a idéia da delegação de poderes.

O entendimento francês, pôsto que antagônico, mostra-se mais consentâneo com o aspecto unitário do Estado moderno. Há que se compreender os poderes políticos como sub-unidades de um poder supremo perfeitamente entrosado no sentido de colaborarem adequadamente, cada qual em seu campo específico, para a consecução dos fins do Estado. Não é possível o estabelecimento das relações entre os três poderes em base de concorrência ou competição. Há de predominar a cooperação, a colaboração. Nêste sentido é o que os franceses entendem como contrário ao princípio de separação dos poderes, a apreciação do contencioso administrativo pelo poder judiciário, porque, desta maneira, êste teria uma certa ingerência no campo da administração.

Esta concepção tem um profundo lastro histórico: ela reporta aos dias tormentosos da Revolução Francesa, em que predominava uma profunda aversão popular a uma justiça controlada pelo absolutismo do Príncipe.

Este espírito anti-judiciário veio engendrar uma separação absoluta entre a administração e o sistema judicial, e sua racionalização encontrou fundamento no emergente princípio de separação dos poderes, transplantado da concepção filosófico-constitucional dos anglo-saxões.

Assim, ao passo que, na concepção anglo-saxônica, a separação entre o contencioso administrativo e a administração ativa é considerada como a regra necessária, decorrente do princípio da separação dos poderes, na concepção francesa, a regra necessariamente decorrente é a da separação entre

o contencioso administrativo e o poder jurisdicional. Esta concepção encontrou expressão primeira no texto célebre de 16-24 de agosto de 1790:

“Les fonctions judiciaires sont et demeureront toujours séparées des fonctions administratives. Les Juges ne pourront, à peine de forfaiture, troubler de quelque manière que ce sont les opérations des corps administratifs, ni citer devant eux les administrateurs pour raison leurs fonctions”.

Nêstes têrmos, a solução adotada primitivamente foi paradoxal. O julgamento do contencioso administrativo ficou a cargo das próprias autoridades administrativas: o rei, os ministros, e os administradores de departamentos. Este sistema, chamado de *sistema do administrador-juiz*, prevaleceu por todo o período revolucionário, mas não tardou a parecer chocante em face das tendências liberais. Urgiu que se separassem, administração e jurisdição. E' o mesmo princípio da separação dos poderes que vai servir de base dogmática para esta idéia: interpretado sob o seu aspecto da especialização, adjudicou-se à idéia inicial da separação entre as autoridades administrativas e as autoridades judiciárias, a exigência da separação entre a administração ativa e a administração contenciosa. Portanto, o que se estabeleceu foi o corpo de tribunais separados, não só do poder judiciário, como também do poder administrativo. Eis aí a explicação histórica da jurisdição administrativa francesa. Do administrador-juiz até a justiça homologável predominou a preocupação anti-jurisdicional. Só com a justiça delegada vai-se estabelecer nitidamente a jurisdição administrativa francesa. Aí está também a razão por que a solução francesa não se efetivou senão através do progressivo evoluer dos fatos e das instituições. Hoje seu fundamento lógico está na especificidade do direito administrativo. Nem por isso se estagonizam antes completam-se as duas concepções: uma, em têrmos da história, outra, em premissas de lógica. Aqui Platão e Aristóteles se encontram e reconciliam-se.

A evidência da justiça administrativa, mais eficiente e mais adequada, encontram-na quer perquirindo o mundo das idéias, quer buscando a realidade dos fatos. Deduzindo do ideal ou induzindo do real.

#### BIBLIOGRAFIA

- ARAGÃO, J. G. — *La Jurisdiction Administrative au Brésil*, tese (Paris, 1954).
- CAVALCANTI, Themistocles Brandão — *Curso de Direito Administrativo*, Ca. XIV, “Da Justiça na Administração”, Liv. Freitas Bastos S.A. (Rio, 1954) págs. 479 a 496.
- CAVALCANTI, Themistocles Brandão — *Tratado de Direito Administrativo*, vol. VI, Título II, “Da Justiça na Administração”, Livraria Freitas Bastos S. A. (Rio, 1951) págs. 127 a 195.
- FINER, Herman — *Theory and Practice of Modern Government*, Revised, Henry Haltand Company (New York), 1950) págs. 918 a 932.
- GAZIER, François — *A Justiça Administrativa na França*, Caderno de Administração Pública, n.º 15 — Fundação Getúlio Vargas (Rio, 1955), *passim*.
- LAUBADÈRE, André de — *Manual de Droit Administrative*, Troisième Edition, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence (Paris, 1951) págs. 38 a 69.
- ROBSON, W. A. — *Justice and Administrative Law*, Third Ed., Stevens & Sons Ltd. — (London, 1951) págs. 26 a 39, 540 a 545, 546 a 641.