

ADMINISTRAÇÃO E DIREITO

DOCTRINA

Da proteção do indivíduo contra o ato administrativo ilegal ou injusto

Desembargador SEABRA FAGUNDES

Do Tribunal de Apelação do Rio Grande do Norte

I

1 — Aos que, no Brasil, se preocupam com o problema da proteção do indivíduo em face do ato administrativo ilegal ou injusto, três indagações fundamentais se apresentam.

E' satisfatória a proteção jurisdicional do indivíduo?

Convém a instituição de juízo especializado para o julgamento do contencioso administrativo?

Não será útil cogitar da proteção dos interesses legítimos ao lado da dos direitos subjetivos?

Sem a pretensão de responder a essas indagações, solvendo as dúvidas por elas suscitadas (que, observe-se de passagem, desdobram-se noutras muitas), e com o só intuito de trazer uma pequena contribuição pessoal aos estudos em tal sentido empreendidos, propusemo-nos ajuntar aqui alguns dados a respeito. Haveremos de ir, por partes, tendo em mira algumas conclusões básicas.

2 — Antes de tudo cumpre acentuar a importância, dia a dia crescente, do controle jurisdicional como meio de proteção do indivíduo em face da Administração Pública.

Todos os autores a ressaltam e são particularmente significativas as observações de que o profundo prestígio do Poder Judiciário, nos Estados Unidos, e do Conselho de Estado, na França, decorreu, precipuamente, do papel por um e outro desempenhados na salvaguarda dos direitos subjetivos públicos do indivíduo.

Não se pretenda menosprezar a importância desse sistema de proteção no mecanismo do Estado brasileiro por definido, através o seu mais autorizado intérprete, como *autoritário* (1). Certo

no Estado em que a vontade do chefe é a lei única, a que todos baixam a cabeça numa obediência constrangida mas necessária, não há razão de ser para êle e é fácil avaliar a que se reduz a triste posição do juiz, sem autonomia espiritual nem jurídica, jungido a auscultar o pensamento do chefe, erigido, por força de lei, em expressão e interpretação supremas do bem coletivo.

Mas êsse é o Estado tirânico, rotulado à moda da época, guardando, no entanto, em fundo, os caracteres específicos do velho absolutismo do passado.

Onde, porém, o Estado forte se institue, sinceramente, no intuito de jugular uma crise nacional ou se propõe, ainda com sinceridade, a estruturar o organismo político em moldes mais condizentes com a realidade ambiente, e por isto mesmo, e só por isto, distanciado do modelo clássico do Estado democrático, aí cresce de importância o papel do controle jurisdicional.

Destinado, precipuamente, nos Estados de organização partidária a proteger as minorias contra o despotismo das maiorias (2) aqui o seu papel semelha-se a êsse como órgão regulador do equilíbrio jurídico entre Estado e indivíduo.

Fortalecida a autoridade executiva em nome do bem comum, nem por isto se lhe há de atribuir a infabilidade. Aqui e ali répontarão erros na aplicação do direito, contingência natural de um poder que se exerce diariamente, em mil setores, sob mil e uma formas diferentes, sem possibilidade de um rigoroso e seguro auto-controle, e tanto mais temível quanto mais amplas são as suas faculdades e modos de agir.

(1) O Estado Nacional, 3.^a edição, págs. 81 e 82.

(2) W. F. WILLOUGHBY, *The Government of Modern States*, Appleton Century Company, ps. 416-435.

Só o indivíduo atingido pela defeituosa aplicação do direito, pessoalmente lesado pelo erro, muita vez não intencional, é que pode apontar a injustiça, que o feriu, invocando para ela as reparações necessárias.

Restringir-lhe as vias para isto, desampará-lo dos elementos substanciais ao valimento do seu interesse legalmente reconhecido, será pugnar pela perpetuidade da injustiça, pela negação definitiva do direito, que é origem e razão de ser do Estado.

3 — Nem se diga que a Administração revê os seus próprios atos pelo recurso hierárquico, ou que poderá revê-los melhor do que ninguém. Diversas razões respondem à objeção. O administrador age por motivos contingentes, tendo quasi sempre em consideração razões de conveniência e como finalidade o bem comum. A *via legal*, em face do procedimento da Administração, reveste cunho simplesmente instrumentário, pelo que a autoridade administrativa muita vez lhe menospreza o valor, absorva na consideração do *fim*.

Daí o recurso administrativo nem sempre ser entendido, no seu objetivo, pela autoridade que o examina. A unilateralidade com que é encarado como que distrai o administrador do alvo central da pretensão do recorrente.

Não é desprezível também, como elemento importante a considerar, que por amor próprio, coerência, ou semelhantes sentimentos, o administrador quasi sempre propende a confirmar o ato do seu subordinado.

Casos existem até em que o ato do funcionário inferior obedece a instruções do superior hierárquico, sendo bem de ver quão ineficaz se pronuncia aí o recurso administrativo.

4 — Ora, enquanto isto, o juiz, pela sua função técnica, pela prática do ofício, pela especialização, está mais apto que qualquer outro funcionário do Estado a examinar as questões de legalidade, isto é, de violação do direito, que tais são as suscitadas pelo indivíduo ferido através o procedimento da Administração.

Daí dizer ORESTE RANELLETTI que

“se os juizes devem pronunciar-se não sobre o mérito, ou seja, sobre a intrínseca oportunidade e conveniência dos atos administrativos, sobre o uso que a administração tenha feito do seu poder no âmbito da lei, mas somente sobre a legalidade da sua ação, se esta tem por ventura violado alguma lei e algum direito indi-

vidual, não se vê que critério diverso deva seguir ao resolver as questões do contencioso administrativo daquele sob que julga o contencioso ordinário” (3).

São ainda do insigne publicista estes conceitos, que cabem aqui com inteira propriedade :

“O critério de decidir, se se quer também diante da Administração Pública uma justiça séria, independente, imparcial, e não uma justiça complacente, uma justiça de conveniência, de oportunidade, deve ser um só : o respeito à magestade da lei e à aplicação do direito ; não pode consistir em propósitos de equidade, de favor, de prevalência de especiais considerações de ordem política, sobre o rigor do direito” (4).

O feito técnico do procedimento judicial com a contestação e sustentação recíprocas das pretensões antagônicas, com a prova cumpridamente coligada, com o filtro da segunda instância, leva, sem dúvida alguma, a uma apuração muito mais segura dos fatos e da interpretação aplicada do direito. Nem seria crível que a lenta evolução do mecanismo estatal viesse cristalizar, enfim, no Poder Judiciário, na sua organização, nos seus meios de procedimento, na forma por que atua, um inútil instrumento, capaz de ser facilmente substituído por outro em sua função específica.

5 — Enquanto no Estado democrático protótipo, com partidos e sufrágio universal, os meios políticos de controle da Administração (sobretudo a fiscalização parlamentar : elaboração orçamentária, interpelações, moções, inquéritos, etc.) permitem uma ação interna em defesa do indivíduo contra os abusos do Executivo, no Estado de tipo autoritário e democrático, como se tem definido o Estado brasileiro (5), fortalecido o Executivo, nulificado quasi o controle parlamentar, excluído o jogo partidário com as suas repercussões sobre a estabilidade ou prestígio do Governo através das eleições sucessivas, cresce de vulto a necessidade da proteção do indivíduo pelo Poder Judiciário. A este se há de confiar, exclusivamente, o equilíbrio entre Estado e indivíduo na realização do direito. Dê dependência o ajustamento harmônico de interesses e direitos de todos e de cada um, do Estado e do homem, que nenhum tipo de organização política com finalidade impessoal pode desconhecer ou menoscabar.

6 — E' um erro supor que o Estado forte condene o indivíduo ao perecimento, à nulificação, à

(3) *Le Guarentigie della Giustizia nella Pubblica Amministrazione*, 1934, n. 214.

(4) RANELLETTI, *obr. cit.*, n. 214.

(5) FRANCISCO CAMPOS, *obr. cit.*, ps. 74, 80, 81 e 82.

confusão dentro da coletividade. Assim é no Estado despótico, moldado à vontade de um homem, como dizíamos há pouco, mas não no Estado em que o fortalecimento da autoridade visa ao próprio bem público e decorre de injunções mais ou menos duradouras do ambiente. Neste, faz parte do aperfeiçoamento da máquina política um eficaz sistema de controle da legalidade dos atos da Administração Pública, sob pena de se anular o indivíduo pela cogitação unilateral dos problemas — *autoridade e liberdade, Estado e indivíduo*

A interpretação do Estado autoritário não autoriza o ampliamiento dos seus poderes em detrimento dos direitos por ele próprio reconhecidos ao indivíduo. Como já tivemos ocasião de fazer sentir noutra oportunidade (6), o direito subjetivo do indivíduo há de ser solidamente protegido e assegurado no Estado desse tipo como no de feição liberal, porque onde existe o direito como realidade, como sincera afirmação da ordem jurídica em favor do homem, não de existir, correlatamente, os meios de segurança capazes de afirmá-lo de modo concreto. O que distingue a posição dos direitos do indivíduo, num e noutro desses regimes, é a política legislativa da sua construção e do seu sentido. No Estado liberal, o homem está em primeiro plano; o direito existe em função quasi exclusiva do seu bem estar e da sua liberdade. No Estado anti-individualista, o direito do indivíduo existe em submissão aos direitos da coletividade, cedendo o passo a estes no choque entre ambos, sofrendo restrições drásticas em nome deles, nascendo e se desenvolvendo com a parcimônia e os limites aconselhados pela prevalência do bem comum. E' o que exprime o art. 123 da Constituição vigente, afirmando, após a discriminação dos direitos subjetivos públicos do indivíduo :

“Art. 123. A especificação das garantias e direitos acima enumerados não exclue outras garantias e direitos, resultantes da forma de governo e dos princípios consignados na Constituição. O uso desses direitos e garantias terá por limite o bem público, as necessidades da defesa, do bem estar, da paz e da ordem coletiva, bem como as exigências da segurança da Nação e do Estado em nome dela constituído e organizado nesta Constituição”.

Aí está, pode-se dizer, em síntese, todo o espírito das restrições postas pelo Estado brasileiro aos direitos individuais. Arma de utilidade prodigiosa

nas mãos do juiz (equivale, como que em sentido inverso, ao *due process of law* dos americanos, elemento de amparo do indivíduo contra o Poder Público), terá de ser utilizada como fator de interpretação dos direitos do homem, mas nunca como uma via de eliminação deles. Levará a acomodá-los ao espírito do Estado, porém jamais a suprimi-los.

Onde, portanto, houver direitos individuais instituídos pelo direito escrito, aí, tanto no Estado liberal como no anti-individualista, a proteção jurisdicional é um imperativo da sua existência efetiva. Negá-la é negá-los por caminho indireto, pela supressão da via coercitiva essencial à sua validade. Então os direitos instituídos nos textos legais serão simples simulacros de direitos, figuras teóricas, sem expressão social nem jurídica.

Faz-se mister é que o controle jurisdicional seja exercido com o mesmo sentido político fundamental das instituições, isto é, que ele se não exerça *contra os fins do Estado, senão para realizá-los* pelo reconhecimento efetivo, em favor do indivíduo, da posição que a ordem legislativa lhe reconheça, segundo as bases políticas da Carta Constitucional.

7 — Nem temos por que restringir a confiança nesse sistema de controle pelo receio de abuso do *poder judicial*. Seria levar muito longe o temor de excesso dos juizes e impugnar uma solução preconizada por prática política secular, sem oferecer nada de mais aproveitável.

A história nacional do Poder Judiciário não apresenta casos apreciáveis de despotismo judicial. Se algum ocorreu, aqui ou ali, não passou, pelas suas proporções mínimas e pela singularidade, de falha desculpável em toda organização humana.

Ao contrário, o que nos mostra a evolução do Poder Judiciário no Brasil, notadamente observada no período republicano, em que se poderia ter configurado o abuso das amplas e novas faculdades outorgadas ao juiz, é a moderação, a quasi timidez, como regra geral. O que não exclue que, de quando em quando, do Supremo Tribunal Federal, como das justiças locais, despontassem gestos audazes de resistência passiva na manutenção das suas prerrogativas constitucionais e das instituições políticas. Em tais casos, entretanto, o que mais ressaltava, e a distância nos permite julgar sem paixão, era o heroísmo dos juizes, algumas vezes em choque aberto com presidentes da República e governadores mal-avisados, na defesa das garantias constitucionais, com sacrifício aparente do seu prestígio pela desautorização declarada dos julgados, mas com profunda

(6) *Dos Direitos Públicos Subjetivos do Indivíduo e da sua Proteção Jurisdicional*, 1942.

e definitiva consagração na consciência jurídica nacional, concorrendo para a salvaguarda do regime republicano no país.

Se em países estranhos se pode constatar o perigo da ditadura judiciária, e o exemplo dos Estados Unidos é clássico, não nos deixemos levar pelos símiles originários e desenvolvidos doutros e outros climas histórico-políticos.

Já é tempo de nos apercebermos de que o judiciário tem no Brasil, mercê de 53 anos de regime republicano, feição e características peculiares, que bem o distinguem, sob muitos pontos, do modelo norte-americano.

Jamais aceitámos a eleição dos juizes, dominantes em quasi todos os Estados da União americana.

Diferenças fundamentais entre o processo português, em que se decalcou o nosso, e o direito processual anglo-americano, importaram, também, em diferenças fundamentais de meios, de ritos, de consequências, etc., na proteção judicial dispensada ao indivíduo.

8 — O juiz americano, senhor absoluto da questão de constitucionalidade das leis, fortalecido politicamente pelo sistema de investidura e utilizando o fecundo caminho dos *writs*, pode, talvez, manietar o Legislativo e a Administração Pública além dos limites necessários ao regular equilíbrio do organismo político.

Aliás, note-se que, apesar de toda a grita que se fez em torno do "governo dos juizes", dos trabalhos doutrinários com que se procurou abalar os seus fundamentos históricos em nome de novas concepções sociais e políticas, a ponderável opinião do grande e culto povo americano pendeu, enfim, no sentido da sobrevivência do amplo contrôlo judicial.

No ajustamento final das divergências sobreviveram as leis sociais, que de início eram impugnadas à sombra do espírito puramente individualista atribuído ao Estatuto de Filadélfia e sobreviveu o Poder Judiciário em todo o seu prestígio funcional.

O Poder Judiciário no Brasil jamais se arrogou o contrôlo da razoabilidade e conveniência dos atos, quer da Legislatura, quer da Administração, sendo êsse um traço a considerar no confronto entre a *judicial review* dos americanos e a nossa *apreciação jurisdicional*.

Como é sabido, através da fixação judicial do conceito de *due process of law* e da amplitude do

police power, o Poder Judiciário dos Estados Unidos exerce um profundo contrôlo sobre a própria orientação política do Legislativo, na fase executória das leis.

O indivíduo alega que restrições são impostas aos seus direitos sem *due process of law* e a Administração lhe contesta a pretensão afirmando que se trata do regular exercício do *police power*.

A questão se resume, então, conforme ARTUR W. BROMAGE, no seguinte dilema :

"Se as restrições que se impõem aos direitos privados não são desarrazoadas ou arbitrárias, e se a necessidade pública é clara, então o exercício do poder de polícia prevalece. Se a necessidade pública não é clara, e a regulação é arbitrária e desarrazoada, então o exercício do poder de polícia é exorbitante" (7).

Fixando os três elementos, *necessidade pública, razoabilidade e não arbitrariedade* da ação legislativa (e da administrativa, que dela decorre), o Judiciário controla a fundo as atividades dos outros poderes, interferindo, quasi ilimitadamente, com a sua conveniência e oportunidade. Torna-se, então, um poder predominante no mecanismo dos poderes públicos, adstringindo o procedimento dos demais, no âmbito que lhes é estritamente peculiar, ao seu modo de ver e definir os textos basilares do direito.

Excede com isto o cunho técnico, que se lhe atribue no Estado moderno, de órgão controlador do regime de legalidade, indo mais além e controlando o próprio sentido político das leis.

Nessa ação total de supervisão e julgamento chama a si aquilo que é absolutamente peculiar aos poderes legislativo e executivo, como uma condição mesma de equilíbrio entre êles: o juízo sobre a conveniência de determinadas disposições legais e de sua aplicação. Aquí jamais se entendeu assim, ainda nas épocas que se possam considerar de apogeu do contrôlo jurisdicional da constitucionalidade das leis.

9 — Note-se, como particular observação do ambiente brasileiro nas suas diversidades peculiares, que a magistratura nacional sempre teve vistas largas na interpretação do direito novo, jamais tendo oposto às leis sociais qualquer óbice de feição constitucional. Das concepções individualistas do direito passámos, sem luta judiciária, pela inteli-

(7) ARTHUR W. BROMAGE, *State Government and Administration in the United States*, Harper and Brothers, ps. 326.

gente amoldação do espírito das leis ao sentido novo das realidades, às concepções solidaristas hoje dominantes.

Leis especiais se fizeram para autorizar medidas excepcionais de saneamento (caso da febre amarela na gestão Osvaldo Cruz), leis especiais regularam obras públicas de grande envergadura (como a remodelação do Distrito Federal, na prefeitura Passos, e as obras contra as secas, no Nordeste), leis especiais restringiram profundamente a liberdade individual (haja visto o Código de Menores), e jamais se firmou como ponto de vista sólido o de que essas leis fôssem desarrazoadas e desnecessárias.

O juiz brasileiro as encarou sempre, ainda quando pudesse guardar um sentimento pessoal de desaprovação, sob o prisma puramente jurídico, isto é, como leis que feriam ou não feriam direitos subjetivos constitucionais do indivíduo, à vista do texto explícito da Carta Política.

Jamais lhes deixou de reconhecer a obrigatoriedade, superpondo o conceito próprio de *conveniência* ao firmado pelos outros órgãos do poder público.

O *poder de polícia* como base de restrições da liberdade e da propriedade individuais no interesse da moral, da saúde, da segurança, do conforto e do bem estar coletivos, jamais foi denegado pelo Judiciário ao legislador e ao administrador brasileiros, sob pretextos especiosos de maior ou menor latitude conceitual. A nossa justiça sempre se cingiu a encará-lo em face dos conflitos diretos com direitos individuais explicitamente definidos.

Sendo essa a tradição judiciária no Brasil, tradição que nada indica venha a ser desertada, pois que já se integrou em a natureza do poder judicante nacional, constituindo mesmo um dos cânones mais solidamente firmados pela continuada jurisprudência de todos os tribunais do país, não há como menosprezá-la pela invocação de abusos imaginados à contemplação de fenômenos políticos alienígenas.

10 — Os *meios processuais* que nos oferece o atual direito brasileiro satisfazem, razoavelmente, às necessidades de defesa dos direitos individuais. Certo nesse campo é sempre possível pugnar por ampliações, sugerir remédios mais completos, multiplicar as vias ativas do procedimento judicial.

No entanto, não é na distensão e variedade das ações, que assenta a eficiência real de qualquer sistema de contencioso administrativo. Eficientís-

simo é o sistema francês e não obstante se desenvolve apenas através do *recurso de plena jurisdição* e do *recurso por excesso de poder*. O primeiro concerne ao “contencioso da execução material das regras de direito” (obrigações públicas em geral) (8). Por êle se resolve tudo o que diz respeito à execução. O *por excesso de poder* concerne à “legalidade dos atos jurídicos”, isto é, à regularidade dos atos administrativos, de modo que não abrange a análise e o provimento integrais, mas apenas o exame do ato para dizê-lo legal ou nulo (9).

Não é de desejar, sob êsse aspecto, a multiplicidade dos remédios processuais, senão a sua concentração em algumas poucas ações capazes de atender, pela sua finalidade, aos diversos grupos de situações e relações jurídicas ajuizáveis.

O maior número importa em casuismo, criando duplicidade de ações para casos, em fundo, únicos, e, além disso, pode levar, se se exagera o âmbito da proteção jurisdicional, ao enfraquecimento da atuação judiciária pelo abuso e ao desequilíbrio dos poderes. Haja vista o que sucede nos Estados Unidos, onde a multiplicidade dos *writs*, longe de ser um fator de melhor proteção jurisdicional do indivíduo, vem complicá-la pelo casuismo com que êles se aplicam.

Assentado pelos *precedentes* que cada *writ* tem a sua aplicação específica, destinando-se a proteger o indivíduo em face de determinada atividade administrativa e através certo modo de atração, torna-se dificultoso o seu emprêgo esbarrando os interessados com o indeferimento dos *writs* por impropriedade, à semelhança do que sucedia entre nós, com as ações em geral, no processo civil anterior ao Código de 1939 (10).

O que nos convém, pensamos, é utilizar, inteligentemente e num sentido construtivo, os remédios que já se encontram no direito processual vigente.

11 — E' de lamentar a restrição imposta ao mandado de segurança após a Carta Política de 1937, tanto mais quanto a sua aplicação por tempo excedente de três anos, comedida e prudente, denotava o alto senso dos tribunais na sua aplicação. Tão grandes eram, às vezes, as restrições que

(8) ROGER BONNARD, *Droit Administratif*, 1935, ps. 173.

(9) BONNARD, *Droit Adm.*, ps. 174-175.

(10) BROMAGE, *obr. cit.*, ps. 331.

a jurisprudência lhe criava, que se diriam verdadeiras mutilações.

Mas não foi êsse um mal irreparável ao sistema do contencioso administrativo. Notadamente com o advento do Código do Processo Civil Nacional se atenuaram as desvantagens daí resultantes.

E' sobretudo dentro dêstê que se deve construir, de hoje em diante, afastada qualquer iniciativa de ações especiais, o nosso sistema processual do contencioso administrativo. O Código, trabalhado pela jurisprudência, comporta, nas suas linhas mestras, o enquadramento de todos os pedidos que o indivíduo possa erguer, legalmente, contra a Administração Pública. Excetuados, é óbvio, os casos que o próprio Código, deliberadamente, deixou a outras leis (por exemplo: defesa contra obrigação tributária em via de execução).

12 — Aplicada ao contencioso administrativo a ação ordinária, pela sua celeridade e extensão, constitue um meio amplíssimo de defesa dos direitos subjetivos do indivíduo. Além do seu emprêgo, com fins reparatórios, nos casos em que a execução forçada das obrigações públicas pela própria Administração importe na consumação do dano, ela se apresenta utilíssima, com fins preventivos, quando declaratória. Neste particular merece ser destacada como meio excelente de proteção jurisdicional contra os atos ilegais do Poder Executivo.

Já quando as obrigações públicas decorrem imediatamente da lei, já quando demandem procedimento administrativo de execução, mas não sejam exequíveis incontinentemente por via administrativa, ou mesmo o sendo, desde que haja retardamento ou tolerância por parte da Administração Pública, a ação declaratória pode subtrair o indivíduo às leis ilegais. Hoje é possível reagir à violação do direito primeiro que ela se consume, enquanto antes do Código o indivíduo teria de suportá-la para, em seguida, pedir separações. E' verdade que se começa a esboçar uma lastimável restrição à via declaratória.

O egrégio Supremo Tribunal Federal vem de decidir que, embora o *Código de Processo Civil admita, sem restrição, a ação declaratória, em matéria fiscal*

"a permissão está condicionada às regras fiscais, entre as quais a de não se admitir a defesa sem estar seguro o juízo, pela penhora ou depósito prévio da importância exigida" (11).

(11) Ac. de 24-9-1941, em "Rev. Forense", vol. de outubro — 1942, ps. 103.

Com o devido respeito ao eminentíssimo tribunal que assim julgou, não encontramos na lei essa restrição.

Parece-nos que no julgado referido não se fez se não ampliar, em favor da Fazenda Pública, um preceito inampliável, por isso que constitutivo de privilégio. À Fazenda Pública devem reconhecer-se, sem dúvida, os privilégios instituídos pelo legislador, quasi sempre resultantes da sua especial posição, se bem que outras vezes reminiscências do direito reinícola, inaceitáveis em sã doutrina (como, por exemplo, a dilatação dos prazos admitida no Código de Processo Civil para contestação e recurso, art. 32), mas não outros, desdobramentos daqueles, que se devem presumir bastantes.

Aliás, a restrição, por assim dizer decorrente daquele acórdão, contradiz a própria essência da ação declaratória, tira-lhe a razão de ser, nulifica-a. Se o seu objetivo é prevenir, é evitar o cumprimento da obrigação, como coagir a uma espécie de obediência provisória, pela caução, para depois julgar?

Quasi em nada diferirá, então, a situação do indivíduo que for a juízo pedir se declare inexistente determinada obrigação pública da daquele que, prestando-a coagido, reagir à ilegalidade pela ação condenatória. Naquele, como neste caso, haverá um prejuízo econômico pela afetação, ainda que temporária, da disponibilidade de parte do patrimônio.

Acresce ainda que, embora a sentença na ação de declaração valha "como preceito", só exequível mediante ação condenatória ulterior (12), a Administração, vencedora pela improcedência da declaratória terá obtido, pelo depósito, a sumaríssima execução da obrigação impugnada. Outro não pode ser o fim da garantia prestada em tal caso. Por conseguinte aquele que for a juízo pedir se declare a invalidez de certo ato administrativo que o afete, pode colocar-se, pela prestação de caução, em situação pior do que a daquele que aguarde seja o ato executado em via política. Pelo menos terá o patrimônio desobrigado por mais tempo e lucrará com as procrastinações da Administração.

Confiemos em que essa orientação se modificará em julgados ulteriores, restituída a ação declaratória ao seu amplo destino.

13 — O mandado de segurança, embora tenha decaído da sua importância originária pela restrição que lhe pôs o decreto-lei n. 6, de 16 de no-

(12) Cod. Proc. Civil, art. 290.

vembro de 1937 (13), depois incorporada no Código de Processo Civil (14), é ainda um meio relevante de proteção do indivíduo em face do Poder Público.

A vedação do seu emprêgo contra atos emanados do Presidente da República, de ministros de Estado, de governadores e interventores, fez que se lhe relegasse o uso a plano inferior ao condigno dêsse eficaz remédio processual.

O entusiasmo inicial era utilizá-lo contra os atos da alta administração da União ou dos Estados, e como que se decepcionou o público com a restrição criada após a Constituição de 1937.

Muito, entretanto, ainda é de esperar dêsse remédio extraordinário, não no ataque espetacular a atos de repercussão nacional, porém na defesa segura, pronta e eficaz contra atos da administração subalterna (repartições fiscais, municipalidades, etc.), e, sobretudo, das autarquias e das empresas concessionárias de serviços públicos.

A crescente importância da descentralização por serviço no nosso país, o número cada vez maior de estabelecimentos públicos autônomos na organização administrativa, as relevantíssimas funções que lhes são delegadas, tudo está a indicar que os conflitos de interesses do administrado e da administração pública saem, em grande parte, do âmbito dos órgãos administrativos centrais para o daquelas entidades.

Ora, nesse terreno o mandado de segurança pode ser chamado a exercer um papel valioso no controle da legalidade dos atos administrativos.

As possibilidades da sua utilização crescem na razão direta da multiplicação das autarquias.

Considere-se, por igual, que a grande massa de interesses individuais postos em jôgo pelos concessionários de serviços de utilidade pública, exigia um meio célere e brevíssimo de ajuizamento de certas pretensões dos utentes contra essas empresas.

Na execução de contratos quasi leoninos, algumas empresas se desmandam em exigências excedentes dos seus direitos já tão demasiadamente outorgados, sem que os diminutos valores em jôgo permitam ao utente defender-se por via processual mais complexa.

O mandado de segurança aparece como o remédio adequado, por mais rápido e econômico.

14 — A ação executiva fiscal, embora oferecendo algumas restrições sobre a interposição dos recursos por parte do contribuinte, sem que a elas correspondam restrições iguais para a Fazenda Pública (casos de decisão confirmatória da sentença em agravo ou carta testemunhável e de irrecorribilidade da sentença nas causas de valor até Cr\$ 2.000,00) (15), favorece, em ponto fundamental, a defesa do indivíduo: permite que se alegue nos embargos “toda a matéria útil à defesa” (16). Consagra o melhor princípio pondo de parte, nesse relevante aspecto, o velho vêsso das leis fiscais de manietar a defesa do contribuinte. Pode-se dizer, assim, que assegura satisfatôriamente a proteção do indivíduo chamado ao cumprimento da obrigação tributária.

Isto não exclue, todavia, a constatação duma tendência colateral no sentido de cercear a proteção do contribuinte. Tal é o caso do decreto n. 5, de 13 de novembro de 1937, que veda aos devedores do Fisco Federal a aquisição de estampilhas. O pêso dessa sanção sobre a economia do devedor o obriga a pagar imediatamente, dispensando-se a Administração de chamá-lo a juízo. Também o decreto n. 1.168, de 22 de março de 1938, que alterou a legislação do imposto sobre a renda, dispôs que, não promovendo o contribuinte ação direta para invalidar o lançamento, dentro de 90 dias de se tornar êle irrecorrível administrativamente, estaria prescrita a ação com tal finalidade e seria impossível invocar-se como defesa, no executivo fiscal, a ilegalidade da taxaço.

15 — Também a ação de desapropriação ampara o indivíduo de modo relativamente eficaz na fase executória do ato administrativo expropriatório.

Conferindo ao juiz o poder de fixar livremente o preço (em contraste com o direito anterior onde o seu papel era meramente homologatório), assegura, presumivelmente, a justa substituição do valor patrimonial chamado a si pelo Estado (17). Acresce que, não obstante o seu âmbito limitado (*fixação do preço*), está ressalvada expressamente a possibilidade de pedidos doutra natureza, decorrentes da declaração de utilidade pública (18). Note-se, porém, que, rompendo a harmonia da lei e evidentemente contrastando com o seu espírito,

(13) Art. 16.

(14) Art. 319.

(15) Dec.-lei 960, de 17-11-1938, arts. 73 e 74.

(16) Dec.-lei 960, art. 16.

(17) Dec.-lei 3.365, arts. 27 e 28.

(18) Art. 13.

o parágrafo único, do art. 27 (inexistente, aliás, no ante-projeto), veio cercear a justa reposição do valor expropriado, pela fixação de limites máximo e mínimo em bases freqüentemente distantes da realidade econômica.

16 — O alcance da sentença contra a Administração Pública de um modo geral satisfaz. Os atos administrativos são submetidos ao exame do Poder Judiciário sem restrições outras que as decorrentes de princípios aceitos universalmente, tal como sucede no caso dos atos discricionários. Por outro lado, o provimento que o Judiciário dá às reclamações individuais também é satisfatório. Trate-se de ato administrativo geral, alcançando diversas situações jurídicas individuais, ou de ato administrativo especial, alcançando uma única situação jurídica, a sentença que lhe pronuncia a ilegalidade, si bem que não o anule totalmente, anula-o, pelo menos, em relação ao autor, e isso basta ao amparo do direito lesado.

Não importa que o ato subsista, desde que a respeito daquele que foi a juízo se torna inoperante. Aliás o que sucede freqüentemente é que o ato administrativo sendo individual, isto é, só atingindo a situação de um indivíduo, uma vez inaplicável a esta situação perde a sua expressão jurídica. Também o alcance da sentença no seu dispositivo se nos afigura suficiente. Conquanto não seja possível, em geral, coibir a Administração a fazer ou não fazer, a condenação poderá ser alternativa, revestindo, com essa fórmula, suficiente alcance reparatório: *fazer e não fazer, ou indenizar o dano*. Não me parece que a impossibilidade de reforma dos atos administrativos, que em França se obtém pelo *recurso de plena jurisdição* (19), e nos Estados Unidos pelo *certiorari* (20), seja motivo bastante a aconselhar a alteração dos princípios fundamentais, que entre nós têm regido o contencioso administrativo.

O que se poderia desejar era que a sentença, em circunstâncias especialíssimas, pudesse coibir a prática de ato em espécie ou a abstenção dêle, isto quando somente essas prestações pudessem satisfazer convenientemente aos direitos feridos (21). Aliás, no que respeita aos atos emanados de autoridades subalternas, tal já se pode obter através do mandado de segurança, embora sem uma via de coação eficaz para o cumprimento da sentença.

17 — Dissemos em *circunstâncias especialíssimas* porque, como regra, o melhor sistema é o vigente de condenação alternativa.

Nele está uma das válvulas de segurança do mecanismo político do regime. As sentenças, que são ditadas por um poder, destinam-se a ser cumpridas por um outro, de igual posição hierárquica e de iguais responsabilidades na organização estatal, de modo que casos pode haver nos quais à administração se afigure por preferível, por motivos respeitáveis de oportunidade ou conveniência, indenizar, a cumprir em espécie a prestação.

Serão casos raros, mas nem por isto desmerecedores de consideração.

E' talvez dispensável salientar, esclarecendo o nosso pensamento, que não pretendemos justificar o desrespeito da Administração às decisões do Poder Judiciário.

Parece-nos é que a alternativa que no nosso regime político se deixa ao Poder Executivo, quando condenado judicialmente o Estado, é útil por manter livre o campo de ação da autoridade administrativa em face de certas circunstâncias especiais escapas ao âmbito do Poder Judiciário; e, além de útil, não contravém nenhum princípio legal, antes se coaduna com o sistema constitucional de tripartição dos poderes.

Entre as duas formas que se apresentam à execução nesses casos, ambas são legais e, atendendo a qualquer delas, o Poder Executivo cumpre a sentença. Certo, o caso mais comum, e por isto mesmo mais de desejar que ocorra, é o da execução em espécie, mas na sua eventual impossibilidade não se pode incriminar o cumprimento sob a forma reparatória.

II

18 — Entretanto, se em suas linhas mestras é satisfatório o nosso sistema de contrôle jurisdiccional, isso não exclue que haja imperfeições a corrigir e falhas a suprir.

A necessidade de novas leis se faz sentir, principalmente, para a instituição de tribunais especializados e para a adoção dum sistema quasi-jurisdiccional destinado à proteção dos interesses legítimos. Quanto ao primeiro ponto é conveniente assinalar que aludimos a *tribunais especializados*, como órgãos do Poder Judiciário votados unicamente ao exame e julgamento da matéria do contencioso administrativo, e não como tribunais integrantes

(19) BONNARD, *Le Contrôle Jurisdictionnel de l'Administration*, 1934, ps. 167.

(20) BONNARD, *Le Cont. Jur.*, ps. 128.

(21) *Dos Dir. Pub. Sub.*, ps. 25 a 28.

da Administração Pública, constituindo a *administração judicante* ao lado da *administração ativa*, segundo o modelo francês.

A instituição da *justiça administrativa* constituiria mutilamento imperdoável do sistema brasileiro de proteção jurisdicional do indivíduo, ao invés de lhe trazer aperfeiçoamento.

Ainda que nos pareça por demais genérica a afirmação do douto professor J. RODRIGUES VALE de que o contencioso administrativo (entendida a expressão no sentido mais corrente entre nós de *administração judicante*) exprime involução no desenvolvimento do direito (haja vista, em contrário, o exemplo francês), cremos que ao Brasil ela se ajusta com segurança (22).

A justiça administrativa, se bem que aplaudida por grandes juristas do Império (Uruguai, Ribas, Pimenta Bueno) (23), o que até certo ponto se compreende dada a influência absorvente do direito administrativo francês e se explica como propugnação por um sistema qualquer de proteção do administrado num período em que seria inútil, diante da mentalidade dominante, defender o controle integral dos atos administrativos pela justiça ordinária, é hoje geralmente repelida.

A grande conquista republicana de um Poder Judiciário nos moldes americanos foi de tal modo proveitosa à comunidade nacional, que de logo se impôs como aquisição definitiva no campo da organização política brasileira. A reforma constitucional de 1926 e as Constituições de 1934 e 1937, sem embargo dos climas políticos tão diversos em que medraram, mantiveram, em fundo, a estrutura judiciária de 1891. Nada mais expressivo da estabilidade dessa conquista.

19 — Se revistarmos no campo estrito do nosso assunto, as opiniões atuais dos doutos mestres do direito pátrio, chegaremos à evidência de que em sua maioria se inclinam pela justiça judiciária como órgão de julgamento dos atos administrativos.

Assim opinam, peremptoriamente, GUIMARÃES MENEGALE, CASTRO NUNES, J. RODRIGUES VALE, PRATES DA FONSECA e THEMÍSTOCLES CAVALCANTI.

GUIMARÃES MENEGALE, depois de reportar-se às duas circunstâncias com que Jêse justifica a insti-

tuição da jurisdição administrativa (especialização dos regimes de direito público e privado e a maneira de considerar as relações entre particulares— conciliação de interesses pela igualdade dos indivíduos em face da lei — e prevalência do interesse geral sobre o particular, com sacrifício deste àquele, mediante compensação equitativa) concorda com a razão de especialização do trabalho judiciário, mas diverge no que respeita à diversidade de regimes jurídicos. De qualquer modo parece-lhe que o asseguramento do direito como “interesse juridicamente protegido” torna indiferente a análise da natureza desse interesse. Sejam os interesses quais forem

“estão submetidos com a mesma dose de conceituação ao postulado filosófico do interesse juridicamente protegido”.

E arremata :

“Por aí, não há, pois, como fundamentar a justiça administrativa, e, se é aí que se arrima o sistema atual do Poder Judiciário não vemos por que retirar aos tribunais comuns, pronunciadores da legalidade, a função que a justiça administrativa tem de exercer, ou seja, a de dizer o direito que é a fórmula do interesse protegido” (24).

CASTRO NUNES escrevendo, em 1932, sobre “O Problema da Segunda Instância na Jurisdição Federal”, sugeria a adoção de recurso das decisões dos órgãos administrativos *quasi-judicantes* (Conselho de Contribuintes, Conselho Nacional do Trabalho, Conselho Superior de Comércio e Indústria, etc.) para um órgão judiciário especializado, invocando a experiência americana :

“Os Estados Unidos estão se rendendo às necessidades práticas de um mecanismo mais flexível, às peculiaridades dos problemas econômicos, sociais, fiscais, etc., que demandam especialização de conhecimentos alheios à educação estritamente jurídica no magistrado”.

“Consiste o novo sistema americano em dar recurso de decisões proferidas pelas comissões administrativas — The Federal Trade Commission, The Federal Reserve Board of Tax Appeals — para os tribunais judiciários federais, fazendo aqueles aparelhos o papel de primeira instância e exercendo sob certos aspectos uma verdadeira jurisdição, à semelhança do que existe desde 1914 com a Interstate Commerce Commission” (25).

(22) *Curso de Direito Administrativo*, Coelho Branco, ps. 353.

(23) PIMENTA BUENO, *Direito Público*, 1857, ps. 387 — URUGUAI, *Ensaio sobre o Direito Administrativo*, 1862, vol. I, ps. 115-124 — RIBAS, *Direito Administrativo*, 1866, ps. 149.

(24) *Direito Administrativo*, Metrópole, vol. II, ps. 308-311.

Vê-se que não preconiza a justiça administrativa, senão a adaptação do sistema de controle judiciário aos novos fenômenos da vida da Administração Pública.

Também J. RODRIGUES VALE, cuja obra se assinala por tenaz defesa dos direitos do administrado, revela-se intransigente opositor do contencioso administrativo ao analisar a evolução da matéria no direito nacional (26).

TITO PRATES DA FONSECA, no seu "Direito Administrativo", depois de enquadrar o nosso país entre os de "administração judiciária", segundo a classificação de Hauriou (*administração executiva e administração judiciária*), de aludir à tradicional prevenção brasileira contra a *justiça administrativa* e de mostrar que o sistema francês da *administração judicante* está longe de constituir ameaça à proteção do indivíduo, atribue a falta de "regime administrativo" à imprecisão e precariedade do direito administrativo brasileiro, mas não sugere a instituição duma justiça ligada à Administração Pública.

Lamenta, apenas, que à justiça ordinária não se discriminem, *ex-ratione materiæ*, tribunais para o conhecimento e julgamento dos assuntos administrativos (27).

Recentemente, nas "Lições de Direito Administrativo", insiste na necessidade de especialização dos tribunais destinados ao exame do contencioso administrativo:

"Esses tribunais, diz o emérito publicista, são solicitados por necessidades técnicas e não exigem, para a sua constituição, o fracionamento do Poder Judiciário. Trata-se, apenas, de conveniente estruturação dos órgãos destinados a julgar os casos administrativos, cuja feição própria cada dia se acentua".

Deixa claro que não proguna pelo sistema francês, concordando em que o sistema constitucional brasileiro impõe a unidade de jurisdição (28).

THEMÍSTOCLES CAVALCANTI mais de uma vez tem versado o assunto e, por isto mesmo, a sua opinião deve ser considerada através dessas diversas oportunidades.

Na primeira edição das "Instituições de Direito Administrativo", encarando sucintamente a matéria, aplaude o tribunal administrativo instituído no

art. 79 da Constituição de 1934 "dentro do nosso sistema judiciário" (29).

Em artigo publicado na "Revista do Serviço Público", sob o título "Tribunais Administrativos e Controle Jurisdicional dos Atos Administrativos", reporta-se ao congestionamento e à conveniência de especialização dos juízos e ampliação da análise da ação administrativa, pois que

"a simples apreciação da legalidade (*âmbito da análise do Poder Judiciário*) não permite penetrar a fundo na controvérsia e investigar as razões de justiça e de equidade ou de necessidade pública que muitas vezes basta para justificar o ato".

Pensa que o Supremo Tribunal Federal deveria perder o caráter de tribunal de apelação funcionando como instância revisora ou de cassação das decisões dos tribunais especializados.

Esses tribunais, dá-lo claramente, "se conservariam alheios à Administração, integrados no Poder Judiciário".

Ainda:

"Seriam tribunais judiciários com uma competência específica — as controvérsias em que fôsse parte a União".

Sugere, a seguir, que o Tribunal de Contas se converta, pela ampliação das suas atribuições, em tribunal do contencioso administrativo. Depois de referir-se às dificuldades de conciliar a técnica judiciária com os processos de deliberação na ordem administrativa ainda se inclina à solução judiciária:

"Não há necessidade de atribuir-se essa função a órgãos estranhos ao Poder Judiciário; antes, seria de toda conveniência uma integração perfeita de todas as instâncias administrativas no Poder Judiciário" (30).

Iguais observações vêm consignadas no "Tratado de Direito Administrativo" (31).

Finalmente, em conferência realizada no Instituto dos Advogados Brasileiros sobre as "Tendências Modernas do Direito Administrativo", insistindo no tema da especialização de tribunais para o contencioso decorrente dos atos administrativos, repele a idéia de tribunais como órgãos complementares da Administração (*administração judicante*), bem como o sistema argentino "de uma

(25) "Arq. Judiciário", vol. 21, ps. 53-54.

(26) *Obr. cit.*, ps. 350.

(27) Ps. 80 a 93.

(28) Ps. 362 e 363.

(29) Ps. 476-477.

(30) Vol. de abril — 1941, ps. 206-209.

(31) Vol. I, ps. 422-439.

instância judicial de recurso das decisões administrativas”, opinando, em conclusão, pelos tribunais judiciários especializados.

Pondera com justeza :

“Falta, na organização dos juizes e tribunais, até um aparelhamento adequado e a necessária técnica de que se possa o juiz socorrer para conhecimento completo da verdade”.

E termina por sugerir :

“No estado atual da nossa organização judiciária, bastaria um Tribunal de Apelação Federal dividido em câmaras, constituído de juristas e juizes afeitos a este ramo de estudos”.

Das decisões de tal órgão só em recurso extraordinário conheceria o Supremo Tribunal Federal (32).

Um dos nossos autores de maior autoridade, porém, se manifesta declaradamente, pelos tribunais administrativos : é MATOS DE VASCONCELOS.

Opina, sem reservas, pela modificação completa do nosso sistema de contróle jurisdicional dos atos administrativos, que escaparia ao âmbito da justiça comum para se enquadrar no da *administração judicante*, autônoma em face da *administração ativa*. Não sugere, no entanto, nada de mais particular, isto é, não desce a detalhes, o que se explica, pois fala à época da Carta Política de 1934, onde se esboçava uma solução para o assunto através do híbrido tribunal do art. 79 (entrosado simultaneamente com a Administração e o Poder Judiciário (33).

No “Direito Administrativo Moderno” o professor DJACIR MENEZES se mostra inclinado à admissão de órgãos administrativos judicantes. Parece-lhe conveniente a adoção de “verdadeiras instâncias administrativas” destinadas ao julgamento de recursos das decisões dos departamentos da Administração Pública (34).

Do ponto de vista restrito dos serviços de utilidade pública é de anotar a opinião do professor BILAC PINTO, ardorosamente favorável à jurisdição das *comissões* de contróle de tais serviços, no que lhes concerne e com exclusão total de apêlo ao Poder Judiciário.

Tanto vale dizer que a êsses órgãos da Administração se deve delegar, parcialmente, a função ju-

dicante, fazendo-as acumular atribuições administrativas e jurisdicionais.

Demonstrando a inanidade do princípio da *separação dos poderes* o eminente publicista chega à consequência, natural aliás, de que o correlato da *unidade jurisdicional* também nada apresenta de intangível; passa a sustentar que a outorga de funções julgadoras às *comissões* é “condição necessária à eficiência da sua ação regulamentadora dos serviços de utilidade pública”; argumenta, longamente, com o exemplo americano, que põe à mostra a nocividade da intervenção judiciária nesse terreno, nulificando, pelo apêlo a critérios econômicos inaceitáveis, a atividade dos órgãos fiscalizadores; cita, como particularmente notável, a comunicação do professor Roscoe Pound, em 1919, ao congresso da “American Bar Association”, em favor dos *standards* jurídicos como fórmulas genéricas muito mais aptas a servir de base aos julgamentos do que os rígidos precedentes, princípios e conceitos legais, etc., para admitir que a justiça administrativa, por mais flexível e adaptável, melhor atende à aplicação daqueles *standards* (ao invés de *regras*), representando, portanto, uma etapa na evolução do direito (35).

20 — Aos que, como o douto professor MATOS DE VASCONCELOS, propugnam pelos tribunais administrativos como secções da aparelhagem da Administração Pública, asseguradas, porém, aos seus juizes as garantias pertinentes à magistratura, se tem oposto o argumento de que, assim sendo, isto é, equiparados os juizes da justiça administrativa aos da justiça judicial, nenhuma conveniência haverá em cindir a função judicante entre o Poder Executivo e o Poder Judiciário, pois bastará, dentro dêste, a especialização dum sub-órgão.

Afigura-se-nos definitiva a objeção. Realmente se o que se quer não é emprestar aos tribunais administrativos utilidade ao interesse unilateral da Administração, mas fazê-los eficazes protetores do indivíduo contra ela, melhor atendem ao propósito os órgãos que se estructurem dentro do Poder Judiciário.

Já sob outro prisma é de considerar a opinião daqueles que sugerem a delegação da função judicante a entidades administrativas como órgãos de maior flexibilidade no exame de certos assuntos e mais capazes de resolvê-los no sentido do interesse

(32) “Rev. Forense”, março — 1943, ps. 473-475.

(33) *Direito Administrativo*, Imprensa Nacional, vol. I, ps. 390-400.

(34) Ps. 198.

(35) *Da Regulamentação Efetiva dos Serviços de Utilidade Pública*, “Rev. Forense”, ns. 47, 66, 75, 77 e 84.

público pelo espírito de oportunidade que preside às suas deliberações.

E' entre nós, como se viu, a opinião do eminente professor BILAC PINTO, na sua monografia sobre a "Regulamentação Efetiva dos Serviços de Utilidade Pública", a cujos argumentos nos passamos a reportar.

Sem desconhecer que a *separação dos poderes* e a *unidade de jurisdição* não constituem princípios intangíveis (e cremos que nenhum espírito ajustado ao nosso tempo o desconhece), entendemos, todavia, que o assunto pode ser analisado à outra luz, que não a da rigidez de tais princípios.

Interpenetração de poderes e funções as há todos os dias e a muitos propósitos na vida do Estado moderno, mas o que não permite dúvida, e aqui a teoria da separação é ainda atualíssima, é que a indistinção das funções e poderes levada além das imperativas imposições dos novos fenômenos da vida estatal, constitue característica do calamitoso totalitarismo político da nossa época. Sòmente o Estado autocrático tem feito tábua rasa da separação das funções estatais, levando a unificação do poder ao extremo de confundir a vontade estatal com a palavra do chefe.

Não se deve esquecer que a separação dos poderes constitue, ainda hoje, um postulado protetor da posição do homem em face do Estado, como ademais atende à necessidade da divisão e especialização do trabalho. Não é senão por isto que persiste nas organizações democráticas dos nossos dias como princípio, em fundo dominante, sem embargo das mutações por que vai passando o mecanismo político de todos os Estados.

De conseguinte, não pelo apêgo à concepção rígida e puramente teórica da separação absoluta, mas por motivos políticos e científicos doutra ordem, a interpretação das funções e órgãos do Estado deve dar-se até e sòmente enquanto mais útil ao bem público, razão suprema da vida estatal, do que a separação.

Ora, é olhando por êste prisma que não conseguimos descobrir vantagem na cisão da competência do Poder Judiciário em favor de sub órgãos da Administração Pública.

Criem-se as *comissões administrativas*, dotadas dos mais amplos poderes de contròle e direção dos serviços de utilidade pública, que estão a reclamar, urgentemente, essa modalidade de super-gestão, mas se ressalve ao Poder Judiciário a solução das

controvérsias, que se contenham no campo da *legalidade*.

O território jurídico da *apreciação de legalidade* é muito restrito, em nada podendo obstar a ação eficiente das comissões, desde que contida na órbita legal. Só nas hipóteses de incompetência, desvio de finalidade, etc., é que o Judiciário as poderia conter, porém aí, como é claro, em defesa da ordem jurídica.

E' descabido, em desabono do que dizemos, o exemplo norte-americano. Nos Estados Unidos, como já tivemos ocasião de observar, o juiz analisando a *razoabilidade* dos atos administrativos, exerce jurisdição plena e não de simples legalidade, penetra no mérito do procedimento da Administração, vincula-a ao seu *critério administrativo*. Aquí nunca se deu, nem se pode dar tal ingerência, que entre os americanos decorre da cláusula *due process of law*. Os critérios sociais e econômicos do juiz brasileiro jamais se poderão comunicar absorventemente à sentença, em virtude do feitiço estrito do nosso contròle judicial. Impressionante é o exemplo da legislação social, que jamais tropeçou em preconceitos judiciais, tendo encontrado nos magistrados a mais integral compreensão dos seus objetivos. A legislação sobre acidentes do trabalho, por exemplo, que na justiça americana foi se deparar com mentalidade estupefacientemente reacionária, ao ponto de, não sendo possível, lhe obstar os efeitos magníficos, se intentar reduzi-los na sua expressão econômica (36), encontrou no juiz brasileiro a mais larga receptação, e sem exagêro se pode afirmar, lhe deve o prestígio duma exegese muitas vezes ampliativa.

Antes, porém, de passarmos adiante queremos nos referir às idéias do eminentíssimo ROSCOE POUND. O professor Pound manifesta hoje opinião diferente da espendida na sua comunicação ao congresso da "American Bar Association", em 1919.

Sustentando, como anteriormente, que é essencial às novas condições sociais e políticas do mundo a substituição da justiça rígida pela justiça sob *standards*, exalta, ao mesmo tempo, a *justiça judicial*, em contraste com a *justiça administrativa*. À parte a crítica que desenvolve, aguda e minudente, em tórno da administração judicante, crítica por demais prolixa para ser resumida aquí, conclue que o Poder Judiciário o de que precisa é de novas

(36) EDOUARD LAMBERT, *Le Gouvernement des Juges et la Lutte contre la Législation Sociale aux États Unis*, 1921, ps. 200.

leis e de nova técnica ao seu serviço. Para êle há antes uma crise de concepções filosóficas do direito e do mundo, própria da nossa época de transição, do que do Poder Judiciário em si mesmo. A experiência de tantos anos e as tentativas de substituição da *justiça judicial* pela *justiça administrativa*, fazem-no, agora, declarado defensor da unidade de jurisdição, afirmando-a como princípio visceral à salvaguarda efetiva dos direitos do homem e como essencial à democracia (37).

III

21 — Admitido que nos convenha a especialização dos juízos para o julgamento das causas em que sejam partes as pessoas jurídicas de direito público, à semelhança do que sucede com as causas de natureza civil, comercial, criminal, etc., como situar, dentro dos quadros do Poder Judiciário, essas entidades especializadas?

Com tribunais de competência originária conhecendo dos atos administrativos através de *recursos contenciosos*, diretamente levados ao seu conhecimento?

Com sistema de instância dúplice funcionando sem alteração essencial da vigente estrutura judiciária, e apenas atendida a especialização dos juízos (juízes privativos e câmaras especializadas)?

Com modificação mais profunda do sistema vigente para se organizarem novos tribunais judiciários inteiramente entregues à decisão das questões de direito administrativo?

22 — Não somos partidário da primeira solução, embora amparada pela autoridade dum publicista notável, o ministro CASTRO NUNES, que junta aos méritos de jurista, larga experiência no trato do contencioso da Administração, através a sua carreira judiciária.

Somos pouco entusiasta do exemplo americano invocado em abono de tal solução pelo ministro CASTRO NUNES, em trecho antes citado a outro propósito. Os americanos neste particular ainda estão tateantes, em experiência de resultado duvidoso, ou, pelo menos, não comprovado suficientemente.

Sem dúvida, muito se tem concedido aos *boards*, *commissions* e *bureaus* como competência quasi-judicial.

Essa tendência ampliativa das atribuições do Poder Administrativo assinala-a ROSCOE POUND como particularmente acentuada de 1900 a 1916 nas leis regulamentadoras dos serviços de utilidade pública (38).

As "public utility commissions" decidiam em alguns Estados conclusivamente; noutros, a intervenção judicial ficava adstrita aos casos provocados pelas próprias comissões. Litígios sobre águas, bem como os trabalhistas, passaram de preferência ao conhecimento de órgãos administrativos. Indícios há ainda doutras extensões: indenizações por acidentes (estradas de ferro, automóveis, etc.); concorrência desleal; empresas de seguros etc. Até na matéria criminal o fenômeno se acentua: côrtes juvenis, juntas de tutores, etc.

Ainda recentemente, informa o citado POUND, um professor "in a law school advocates", sugere *comissões* para apreciação dos casos de homicídio (39).

Entretanto, estão longe de se pacificarem as opiniões sobre esse assunto, havendo viva reação de fonte autorizadíssima, tal a "American Bar Association", contra a distensão dos poderes da Administração Pública em detrimento da *Judicial Review*.

E' o de que nos da notícia ainda o insigne mestre, ajuntando a opinião dos advogados americanos à sua:

"Tais coisas reclamam uma efetiva revisão judicial e explicam a atividade da "American Bar Association" (cujos membros têm contínua experiência do que essas tendências significam para os seus constituintes) pedindo moderno processo de apêlo contra os atos administrativos tornando-se efetivas garantias tais como as de *record*, audiência dos interessados e julgamentos (*findings*)".

O que têm pleiteado os juristas americanos, diz êle, é "uma simples uniformidade do processo para revisão", que é múltiplo e retrógrado (40).

Ademais pensamos ser bem mais útil e seguro ter sempre em vista, neste particular, a tradição do direito pátrio, já tão bem provada em meio século de República.

23 — A simples especialização dos juízos, em primeira instância pela privatividade, e em segunda pelas câmaras com competência também priva-

(37) *Administrative Law*, 1942, ps. 27, 28, 100, 110 e 111.

(38) *Obr. cit.*, ps. 28.

(39) *Obr. cit.*, ps. 30-31.

(40) *Obr. cit.*, ps. 74-77.

tiva, tem a vantagem de comportar-se dentro dos vigentes quadros constitucionais. Alguns motivos, porém, a contra-indicam: não exonera o Supremo Tribunal da pleora de serviço, que lhe compete como tribunal de apelação do contencioso administrativo federal e não se ajusta convenientemente aos tribunais dos Estados, onde o contencioso administrativo não assume proporções, que justifiquem a criação de câmaras destinadas apenas ao seu julgamento.

24 — Examinemos agora a hipótese da instituição de órgão novo destinado exclusivamente ao julgamento das demandas em que figuram as pessoas públicas.

Desde logo cumpre assinalar-lhe o inconveniente de exigir reforma dos textos constitucionais. Mas essa é uma razão de ordem accidental, a deixar de parte.

Divergindo do Sr. THEMÍSTOCLES CAVALCANTI, quando sugere a adaptação do Tribunal de Contas a órgão do contencioso administrativo, adaptação que se nos afigura complicada e destituída de vantagens práticas, pensamos, no entanto, que a sua sugestão mais recente da criação dum tribunal de apelação para o contencioso da Administração Pública, reservando-se ao Supremo Tribunal Federal apenas os casos de recurso extraordinário, situa o problema satisfatoriamente.

E' essa, com efeito, a solução mais simples e eficiente por diversos motivos:

A) Afasta a instituição de tribunais administrativos mantendo o sistema de unidade jurisdiccional, consagrado tradicionalmente no direito pátrio e tão bem provado.

A tradição do direito pátrio nesse sentido, bem merece aquí uma sucinta digressão, pois que lança as suas raízes no mais remoto passado. No direito lusitano anterior ao Marquês de Pombal era perante a justiça ordinária que El-Rei chamava os súditos ao pagamento dos tributos e o regime da Metrópole nos afetava como Colônia. O absolutismo de Pombal penetrou também aí, substituindo os juizes comuns pelo Conselho de Fazenda. Em 1808 D. João VI estendeu ao Brasil a inovação (41). Após a Independência o projeto de constituição de 1823 — malgrado pela dissolução da Constituinte, mas expressivo, profundamente expressivo da consciência jurídica nacional àquele

tempo — declarava a Fazenda Pública sujeita, nas suas relações com o contribuinte, ao mesmo regime processual e à mesma justiça vigorantes para os particulares entre si (42).

B) Desobriga o Supremo Tribunal Federal do vultoso serviço, que atualmente lhe compete como instância de apelação. Esta circunstância merece ser ressaltada porque importa na solução de um dos mais sérios problemas da administração da justiça no país: o do congestionamento dos feitos em grau de recurso extraordinário.

A sobrecarga de serviço, que assoberba o mais alto tribunal brasileiro, não vem permitindo que os feitos tenham alí o rápido andamento, que lhes assegurou o Código de Processo Civil na primeira e na segunda instâncias. E' que, no caso do Supremo Tribunal, não basta, a remover as delongas dos julgamentos a prescrição de processo mais simples e expedito, senão a redução do vulto do serviço confiando aos seus juizes. Daí permaneceram os recursos extraordinários ainda por muitos meses, e às vezes por anos, pendentes de decisão. E' essa uma falha, que subsiste no nosso mecanismo judiciário, apesar do Código de Processo Civil. O aumento do número de ministros, previsto pela Carta Política (43), será provavelmente remédio menos eficaz a essa situação, pois que mantém o pretório supremo como juízo ordinário de segundo grau.

Em recente estudo sobre "A Crise do Supremo Tribunal" o ministro FILADELFO AZEVEDO ampara, com a sua valiosa autoridade, o ponto de vista da criação dum tribunal especializado para o julgamento, em segunda instância, dos feitos do contencioso administrativo da União, como remédio à pleora de serviço daquele alto colégio. Se bem que lhe pareça preferível devolver a função de juízo de apelação do Supremo aos tribunais locais, admite, como plausível, essa outra solução (44).

C) Levará a especialização dos juizes num dos mais importantes ramos da aplicação judiciária do direito.

D) Permitirá, pela adoção de um processo especializado, maior contacto do juiz com as minúcias do mecanismo administrativo nas fases de elaboração e execução dos procedimentos da Administração Pública.

(42) Art. 225.

(43) Art. 97, parágrafo único.

(44) "Arquivos do Ministério da Justiça", vol. I, ps. 7-18.

(41) MATOS DE VASCONCELOS, *obr. cit.*, vol. I, ps. 374.

25 — a competência desse órgão não nos parece que se devesse restringir ao contencioso federal, senão abranger a matéria do contencioso administrativo nos três planos: União, Estado e Município.

Assim funcionando centralizaria a apreciação jurisdicional de todos os negócios concernentes à Administração Pública no Brasil, donde adviria ao direito administrativo maior uniformidade. Dir-se-á, possivelmente, que o direito administrativo não sendo uno, uma não deve ser a sua fixação jurisprudencial. Não colhe a objeção.

Uno já é hoje o nosso direito administrativo sob diversos aspectos, em suas linhas mestras (legislação tributária, organização municipal, estatuto do funcionalismo, etc.), e, além disso, do prisma jurisdicional o que interessa é a unidade nos princípios fundamentais da exegese, decorrente da unidade do órgão julgador.

26 — De futuro, completando essa organização (porque não há mal em ir por etapas, sendo esse, ao contrário, o caminho mais seguro), o contencioso administrativo em primeira instância já se não distribuiria por todos os juizes de direito, mas apenas pelas varas privativas (uma ou mais, conforme o peso do serviço) na capital de cada Estado. Onde o serviço não justificasse privatividade exclusiva, o juiz dos feitos da Fazenda Pública poderia acumular outras competências.

Aos executivos fiscais talvez não conviesse essa centralização da jurisdição contenciosa administrativa em juízo da capital. Será uma exceção a estudar. No direito não se conhecem definições, princípios ou normas que não admitam exceções.

27 — No conjunto, uma reforma de tal envergadura constituiria um passo a mais no sentido da unificação jurídico-política do país. Talvez primeira fase, ou apenas um aspecto, da unificação geral do Poder Judiciário, ou seja, da federalização da magistratura.

Poder-se-á dizer que com isso extinguiremos um traço peculiar do nosso sistema federativo, já tão golpeado noutros setores. Certo, é este um dos assuntos em que as opiniões se dividem inconciliavelmente em grupos, cada qual com idéias a bem dizer preconstituídas e irredutíveis.

Mas, analisada a matéria à luz da realidade nacional não é possível obscurecer a conveniência da centralização jurídico-política com o só preservação da autonomia provincial na ordem administrativa (e, ainda assim, dentro de certo âmbito),

pois que somente aí diversificam, a fundo, os problemas locais, pedindo, por isso mesmo, soluções peculiares.

Se alguns Estados, pela sua maior população, pelo seu magnífico potencial do trabalho e riqueza, pelo admirável exemplo construtor que oferecem a todo o país, se podem pretender exceções na estrutura geral do Brasil, a verdade é que a grande maioria das unidades políticas pelas quais se reparte o território nacional se identificam nos seus problemas de organização judiciária induzindo ao unificação. Uma estruturação uniforme dentro da qual se enquadrasse, como corpo único, todo o aparelho judiciário do país, seria, com certeza, poderoso fator de unificação nacional.

Aliás, percebe-se no exame da Constituição de 1937, em seu todo, que, ao lado do Poder Executivo Federal e do Parlamento Nacional, é destoante a ausência de um Poder Judiciário, também federal e nacional, que assegure, como expressão da soberania da nação, a unidade do direito elaborado para todo o país na uniformidade da sua exegese. Sente-se que alguma coisa escapou ao legislador constituinte. Tem-se a impressão de que há um claro a ser preenchido.

28 — O insigne PONTES DE MIRANDA não esqueceu, no seu tratado sobre a Constituição vigente, essa observação. Depois de fazer sentir que “apressadas apreciações da Carta de 1937” levaram à afirmação de que se “enveredara pela unidade da Justiça”, mostra como

“em vez de se marchar para isso, retomando-se a linha perdida em 1889 (um dos múltiplos erros dos ledores da Constituição dos Estados Unidos da América, tão em moda naquele momento), acabou-se exatamente com a classe unitária, com a Justiça federal, agravando-se a pluralidade de Justiça”.

“Não se compreende que uma Constituição, diz êle, tão louvavelmente inspirada em propósito de unidade nacional, tivesse enveredado por esse caminho, deixando-se ficar aquém da Constituição de 1934” (45).

29 — Na União Americana, tão ciosa do espírito federalista, W. F. WILLOUGHBY, autoridade excepcional nos assuntos do direito público, advoga a unidade do Poder Judiciário como remédio ideal aos inconvenientes da vigente dualidade. E, demonstrando a sua compatibilidade com o regime federal, aponta os exemplos da organização ger-

(45) *Comentários à Constituição Federal — 1937* — Pongetti, vol. III, ps. 197 e 198.

mânica até a guerra de 1914 e das organizações australiana e canadense na atualidade (46).

30 — Dir-se-á, talvez, ainda, que a conversão da justiça local em justiça federal constitue mutilação da tríplice estrutura dos poderes no âmbito estadual, criando para os Estados a mesma deficiência que se censura na órbita dos poderes da União. E mais: que esta tem no Supremo Tribunal Federal a expressão do seu Poder Judiciário.

Advirta-se que o Poder Judiciário como órgão de exegese, órgão precipuamente de *fixação do direito*, mais interessa à nação como todo, que aos Estados de per si. O problema da unidade judiciária é um problema de todo o país onde o direito é um só, como é um problema local onde o direito tem feição particularista.

O Supremo Tribunal, como único órgão federal da justiça, não satisfaz aos objetivos da supremacia da União no organismo político do país. Muitos assuntos de interesse nacional escapam ao seu conhecimento, não obstante as ampliações do recurso extraordinário.

Haja vista a interpretação, pelos tribunais regionais, de lei ou tratado federal, sem *literal contradição* com o texto respectivo, grande restrição à competência do Supremo Tribunal Federal e largo crédito aberto aos tribunais dos Estados na exegese dos textos jurídicos nacionais (47).

31 — Nos Estados Unidos, sem embargo da duplicidade do Poder Judiciário, a Suprema Côrte Federal conhece dos feitos em que se controverte o direito nacional, ainda que as decisões locais o façam prevalecente. O recurso extraordinário é admitido também “nos casos em que os tribunais estaduais aplicam direito ou tratado federal ou negam a validade de lei estadual em face da Constituição, dos tratados ou das leis federais”.

Sentiu-se a necessidade de admitir essa ampliação da competência da suprema instância federal, dada a possibilidade de denegações flagrantes do direito das partes à sombra das leis federais e adotou-se, em 1914, reforma legislativa nesse sentido (48). E', assim, praticamente ilimitada, a ação unificadora do mais alto tribunal americano.

32 — Ao mesmo fim podemos chegar por outros meios, isto é, através o rumo já indicado pela nossa evolução judiciária: a unificação orgânica do Poder Judiciário.

Note-se que uma tendência irresistível constatada em todos os regimes federativos é a que diz respeito ao fortalecimento do poder central. A unificação, quasi sempre proveniente do ajustamento de unidades livres, recebida a princípio com as reservas regionalistas, começa a ganhar terreno ao decorrer do tempo, consolidando-se, afinal, como uma necessidade na consciência coletiva das gerações que se sucedem, e fazendo da ordem jurídica centralista o instrumento efetivo da sua sobrevivência.

Na Suíça a autonomia cantonal, de início intangível, abespinhando-se os grupos locais a qualquer ameaça de restrição, cedeu, gradativamente, aos imperativos da unidade do direito. E' o que constata MAGDALENE SCHOCH estudando os conflitos de lei no Estado Suíço (49).

Nos Estados Unidos não é outra a situação assinalada pelos observadores da sua evolução política e quem quer que tenha acompanhado, com curiosidade, o evoluer das instituições norte-americanas, perceberá a transmutação do confederacionismo e a involução, lenta mas segura, da descentralização no campo do direito. A uniformização da jurisprudência, ao lado da intervenção federal em muitos assuntos, indicam o rumo novo do Estado americano.

Na Argentina também se verifica igual tendência (50).

O nosso federalismo, embora singularmente originário de concessão do poder central às unidades provinciais, distendeu tão exageradamente o poder local e dispersou de tal forma as energias econômicas e políticas do país (fenômeno ao qual já reagia a Constituição de 1934 com marcada tendência restritiva da competência dos Estados-membros), que nos encontramos, tanto quanto qualquer país federalista, na contingência duma volta relativa à preponderância do centro.

33 — Mas, além dessa reforma que, ao nosso ver, poderia convir ao contrôlo dos atos administrativos pelo Poder Judiciário, faz-se indispensável cuidar de melhor proteção para o indivíduo num outro setor, isto é, dentro do próprio mecanismo da Administração Pública.

Referimo-nos às situações que, não envolvendo direitos subjetivos, e, por isto mesmo, escapando

(46) *Obr. cit.*, ps. 413-415.

(47) *C. F.*, art. 101, 2, II, A.

(48) BROMAGE, *obr. cit.*, ps. 323.

(49) *Conflict of Laws in a Federal State: the Experience of Switzerland*, — em “*Harvard Law Review*”, março — 1942, ps. 738-779.

(50) BIELSA, *La Proteccion Constitucional y el Recurso Extraordinario*, 1936, ps. 121-122.

ao exame do Poder Judiciário, envolvem interesses relevantes, ou melhor, *interesses legítimos* para usar expressão já consagrada alhures.

Convém frisar que não se trata de copiar a distinção do direito administrativo italiano entre *direito subjetivo* e *interesse legítimo*, senão apenas de acolher uma feliz nomenclatura já universalmente difundida. Em fundo, no nosso sistema de controle jurisdicional sempre se admitiu a dicotomia *direito* e *interesse*, como expressiva dos campos de ação peculiares do Poder Judiciário e da Administração Pública no exame dos atos administrativos; a Justiça podendo interferir onde há lesão de direito e à Administração se reservando o conhecimento das preterições de interesses.

Ninguém ignora que, ao lado dos direitos públicos subjetivos, tem o indivíduo, muita vez, relevantes interesses dignos de proteção eficaz, mas escapos ao âmbito do controle de legalidade exercido em via judiciária. São interesses que se relacionam com a justiça, equidade, acerto, oportunidade, conveniência e mais aspectos do *mérito* dos atos administrativos. São interesses que ficam a mercê da discricção, mais ou menos ampla, mais ou menos bem intencionada, da autoridade administrativa.

Encontrando noutros países proteção eficaz, não em moldes rígidos como a dos direitos subjetivos, que assentam no conceito de legalidade, e sim através do reexame dos atos administrativos por instâncias especializadas, não têm entre nós senão precaríssima e imperfeita via de controle através o recurso hierárquico.

Na França, o Conselho de Estado por meio do recurso de plena jurisdição desce ao âmago dos atos administrativos revendo-os e reformando-os (51).

Na Itália também as secções quarta e quinta do Conselho de Estado, exercendo jurisdição plena (por contraste com a de simples anulação) constituem juízos administrativos para a proteção do indivíduo nos casos excedentes do âmbito do Judiciário (52).

Mesmo nos Estados Unidos, onde falece um órgão dessa natureza, o indivíduo encontra amparo relativo, no que concerne ao mérito dos atos administrativos, pelo exame judiciário da *razoabilidade* dos procedimentos da Administração (53). E' um aspecto de mérito, que se não comportando na com-

petência dos nossos tribunais tem lá cabimento mercê da cláusula *due process of law*.

No direito provincial argentino o *recurso* contra os atos administrativos dá lugar ao contencioso de plena jurisdição e não apenas ao de anulamento (54).

Aliás ao professor RAFAEL BIELSA, no seu livro "La Proteccion Constitucional y el Recurso Extraordinario", se afigura que a proteção do interesse legítimo no direito público argentino tende a "concretizar-se no recurso extraordinário".

Diz êle que

"todo o interesse do conteúdo constitucional deve ser a proteção do direito, e essa proteção se assegura pelo — recurso extraordinário".

E conclue que a Constituição,

"não protege unicamente os direitos subjetivos em sentido estrito, senão também os interesses não elevados a direitos, porém que existem em forma latente se se quiser, nos grandes princípios da Constituição: as garantias e os direitos implícitos" (55).

34 — Sem embargo de que também há *interesses legítimos* considerados na nossa Carta Política, não achamos que se possa chegar, aqui, à extensiva conclusão do eminente professor argentino. O chamado *direito de representação* (56), por exemplo, envolve interesses legítimos. Pressupõe-nos e até os tutela. Todavia, daí à proteção jurisdicional dêesses interesses vai longa distância. Ela se impõe, certamente, como expressão de "todo interesse de conteúdo constitucional", mas não é a jurisprudência tímida e reservada que a pode criar ou lhe abrir caminhos definidos.

Isto há de vir do legislador ao qual incumbe, precipuamente, o desdobramento e integração da Carta Política nas suas finalidades. Parece-nos mesmo que a ressalva da existência de *garantias e direitos implícitos*, "resultantes da forma de governo e dos princípios consignados na Constituição" (57), tem em vista, antes os direitos já instituídos pela legislação ordinária ou a serem por esta criados de futuro, não se dirigindo ao juiz. A função dêste há de ser, em tal terreno, meramente su-

(51) BONNARD, *Droit Adm.*, ps. 173.

(52) RANELLETTI, *obr. cit.*, ps. 412-413, 437-439.

(53) BONNARD, *Le Cont. Jur.*, ps. 278.

(54) BIELSA, *Derecho Administrativo*, 3ª edição, vol. II, ps. 301.

(55) BIELSA, *La Prot. Const. y el Rec. Extr.*, ps. 123-124.

(56) C. F., art. 122, 7.

(57) C. F., art. 123.

pletiva, sendo pouco o que se pode esperar do seu poder interpretativo.

O recurso extraordinário, entre nós, está jungido, necessariamente, ao conteúdo das ações, e estas não comportam, no seu alcance, senão a proteção dos direitos subjetivos.

Entre nós seria de todo inadmissível, à vista dos textos constitucionais, o recurso extraordinário contra ato da Administração Pública, que BIELSA diz possível no direito argentino (58), e êsse haveria de ser, talvez, o caminho único para a proteção jurisdicional dos interesses legítimos.

35 — Com muita razão observa o professor CIRNE LIMA que o processo administrativo no Brasil “ainda não se constituiu”, ainda não evoluiu “em consonância com os progressos alcançados pelo país depois de sua Independência”; mantém, nos seus traços principais, o estado da processualística portuguesa, ao fim do século XVIII.

E pondera que

“se as decisões administrativas não produzem coisa julgada, não possuem em si próprias força executória, tudo se deveria fazer, afim de alcançar-se que os particulares voluntariamente as aceitassem por definitivas”,

o que dependerá, naturalmente, da confiança que o público deposite no “processo administrativo”.
Conclue :

“Urge a reforma completa do Direito Administrativo Brasileiro, nessa parte. Houve reformas já nalgumas matérias; é necessário que se generalizem, afim de constituir-se definitivamente, à altura do progresso jurídico do país, o nosso processo administrativo” (59).

36 — Infelizmente, porém, percebe-se uma inclinação do legislador no sentido de ampliar os privilégios fiscais. Dêstes, enquanto muitos se justificam pelas peculiaridades que revestem o interesse da Fazenda Pública e pelo cunho impessoal dos direitos por ela encarnados, muitos outros só encontram explicação no mal avisado intuito de privilegiar a todo o transe o Erário, até mesmo com sacrifício das elementares condições de igualdade e segurança, que se devem reconhecer ao indivíduo em face da Administração Pública, quando chamado a cumprir as suas obrigações de administrado.

E' certo, no entanto, que se o *processo administrativo* cercar a discussão da obrigação impugnada

pelo indivíduo de cautelas e garantias amplas, capazes de inspirar confiança ao obrigado, o pronunciamento final da própria Administração, após debate pleno e leal terá muitas probabilidades de ser acolhido, ainda quando rejeite o ponto de vista do indivíduo.

Alguma coisa, portanto, nos resta fazer nesse sentido.

37 — Inteiramente contra-indicada a ampliação da competência do Poder Judiciário à proteção dos *interesses legítimos*, o que desvirtuaria o seu papel técnico (contrôle de legalidade através do contencioso de anulação) e o faria imiscuir-se no terreno privativo da Administração (mérito dos atos administrativos), a solução está na instituição duma entidade adequada ao julgamento do recurso hierárquico.

Dentro da máquina administrativa poderá haver um órgão técnico especializado conhecendo das injustiças, desigualdades, etc., que se digam nascidas de procedimento da Administração, mas agindo segundo o espírito de conveniência, oportunidade, etc., que peculiariza, as mais das vezes, a atividade executória da lei.

38 — Planificada a estrutura de um organismo quasi-jurisdicional, dentro da Administração Pública, para o conhecimento dos recursos em que se envolvessem questões escapadas ao Poder Judiciário, questões envolvendo apenas interesses legítimos (de reconhecimento facultativo, e não abrangendo aspectos de pura legalidade, sempre da competência do órgão judicante), desapareceriam os diversos colégios ora existentes com funções semelhantes (Conselho de Contribuintes, Conselho de Tarifas, etc.).

Surgiria, ao invés dêles, o “Conselho de Reclamações Administrativas”, que se desdobraria em sub-conselhos ou secções especializadas conforme os assuntos (matéria fiscal, serviços de utilidade pública, saúde pública, etc.).

Êsse órgão funcionaria como côrte dos recursos administrativos julgando-os na qualidade de instância terminal, salvo quando o Presidente da República, a seu juízo, *ex-officio* ou mediante provocação de algum ministro de Estado, avocasse a si, como instância revisora, suprema e extraordinária, o conhecimento do assunto.

39 — Sendo em regra do “Conselho de Reclamações Administrativas” o conhecimento e decisão dos recursos em última instância, estaria assegura-

(58) *El Recurso Jerárquico*, 2.^a edição, ps. 110-111.

(59) *Princípios de Direito Administrativo*, Liv. do Globo, ps. 202-204.

rado o seu indispensável prestígio, ficaria desonerada a Administração Central do conhecimento de matéria de tanto vulto, ao mesmo tempo que, pelos corpos especializados, atender-se-ia, mais prontamente e com mais direto conhecimento de causa, aos interesses pendentes de recurso.

40 — Com a avocação excepcional pelo Presidente da República preservar-se-ia a suprema autoridade executiva de aceitar deliberações contrárias ao seu modo de ver, como se poderiam reparar, em casos certamente raros, os desacertos do órgão colegial. Não subindo ao presidente, em massa, todos os recursos administrativos, mas somente aqueles em que motivo excepcional aconselhasse o avocamento, a decisão presidencial, tanto poderia exprimir um mais direto conhecimento do assunto, como ainda assumiria muito maior significação, qualquer que fôsse o seu sentido.

A possibilidade de ter lugar *ex-officio* assegura a ilimitada intervenção da autoridade presidencial nos processos e ao mesmo tempo ensejaria o exame de certos casos, nessa instância extraordinária, mediante súplica do interessado ao presidente para a respectiva avocação.

A iniciativa ministerial da avocação facilitaria, nos casos jurídica ou politicamente mais relevantes, o reexame do assunto pela presidência.

Será êsse, portanto, um sistema que, sem tolher a suprema autoridade do Presidente da República, decorrente da Constituição Federal (60), pois que ela se mantém em toda a plenitude, permite um exame mais completo, mais especializado, e mais célere das pretensões individuais diante da Administração Pública.

42 — Aliás já há, no que respeita aos interesses do funcionalismo civil, um órgão exercendo funções quasi-judicantes, que é o Departamento Administrativo do Serviço Público.

Embora com o defeito de todas as suas decisões dependerem de aprovação do Presidente da República, sistema que com ser inútilmente complicado, torna inexpressiva a intervenção presidencial em consequência da sua generalidade.

43 — As decisões do “Conselho de Reclamações Administrativas” não teriam efeito *pròpriamente* jurisdicional. Não analisariam situações contencio-

sas no sentido em que o faz o Poder Judiciário; não envolveriam o exame de direitos subjetivos (ou o compreenderiam sem prejuízo do apêlo ulterior ao órgão judiciário), senão de aspectos de merecimento dos atos administrativos, considerando-os dos prismas da justiça, conveniência, eqüidade, etc., exatamente os que escapam ao alcance do contrôle jurisdicional *pròpriamente* dito. Constituiriam, a bem dizer, pronunciamentos duma instância superior especializada para o conhecimento dos recursos administrativos. Teriam o feitio material de atos administrativos. Seriam atos administrativos duma instância revisora, funcionando como peça da máquina geral da Administração Pública. Seriam definitivos, desde que enquadrados no campo que lhes é estritamente peculiar.

No entanto, como atos administrativos poderiam ser levados ao conhecimento do Poder Judiciário, ou melhor, não excluiriam o ajuizamento de ação concernente ao assunto por êles resolvido, desde que excedentes do seu perímetro peculiar. Noutras palavras: quando se discutisse questão de legalidade do procedimento executivo originário, quando tudo versasse sôbre direito subjetivo por êle atingido, o interessado poderia levar ao Judiciário o seu pedido, se por êrro o encaminhara ao órgão administrativo de reclamações, ou se apenas quisera tentar, por essa via, uma solução.

O Poder Judiciário examinando a ação assim ajuizada, ou decidirá que se trata de questão de mero interesse e julgará o autor dela carecedor, afirmando *implicitamente* a supremacia do órgão administrativo no caso, ou, entendendo que se tratava de direito subjetivo, terá o pedido como procedente ou não, segundo a prova produzida, firmando assim a sua competência como órgão jurisdicional revisor.

44 — Delimitadas estariam as esferas de atividade do órgão administrativo quasi-jurisdicional e do órgão jurisdicional *pròpriamente* dito, pelo mesmo sistema hoje vigente da auto-delimitação pelo Poder Judiciário, sistema que, além de tradicional na república brasileira, mantido através todas as nossas constituições, constitue a mais vital garantia do indivíduo em face da Administração Pública, submetendo o procedimento administrativo, desde a base, ao contrôle do órgão judicante.

45 — E' óbvio que seria perniciososa a criação de conselhos administrativos para o julgamento de re-

(60) Art. 79.

clamações se o conhecimento destas por êles pudessem obstar, de qualquer maneira, o apêlo ao Judiciário. Ter-se-iam reduzido as garantias individuais ao invés de ampliá-las.

Ora, o intuito de toda legislação nova nesse terreno deve ser o de *encher os claros* do nosso sistema vigente de proteção do indivíduo diante do Estado. Toda inovação que se faça sinceramente e com nobreza de propósitos há de tender a isso. Legislar em sentido contrário é regredir.

Portanto, a criação de órgãos administrativos especializados para conhecimento dos recursos hierárquicos não deve afetar, de nenhum modo o nosso atual sistema de controle jurisdicional; nem mesmo indiretamente como se se permitisse a possibilidade de conflito entre êsses órgãos de reclamações e os juizes e tribunais, a propósito da competência para o conhecimento dos recursos e ações originadas de atos administrativos.

O limite da jurisdição em sentido próprio, isto é, da função do Poder Judiciário na análise dos atos administrativos, já levados ou não ao conhecimento do Conselho de Reclamações, deverá cair no seu próprio âmbito, sendo por êle mesmo definido, como acontece hoje no julgamento das ações provenientes de ato da Administração Pública.

Devemos nos colocar aqui na atitude dos juristas italianos quando pugnaram pela instituição da *secção quarta* do Conselho de Estado, afinal consubstanciada na lei 5.992, de 31 de março de 1889, para os quais o controle judiciário decorrente da lei de 1865, constituía "progresso inestimável, a que se não devia por nenhum motivo renunciar", devendo adotar-se um aparelho complementar de amparo aos direitos individuais naquilo e só naquilo que escapasse ao alcance da justiça comum (61).

Aliás, observe-se de passagem, que vitoriosos, então, viram posteriormente o decreto fascista de 30 de dezembro de 1923 ampliar a competência das *secções quarta e quinta* do Conselho de Estado à parte do território privativo do Poder Judiciário (62).

46 — A especialização do pessoal dêsse órgão, que poderia ser recrutado entre o próprio pessoal dos diversos setores da Administração Pública, o constante trato dos problemas que lhe ficariam afetos, a sucessão das decisões, a gradativa con-

ciência que se iria formando da sua importância e do valor dos seus pronunciamentos, tudo poderia um dia emprestar ao sistema orgânico de recursos administrativos assim instituído, um grande papel na proteção do indivíduo e na regularidade dos serviços da Administração Pública.

Um órgão como êsse, desde que se lhe permita funcionar acima das injunções personalistas e seja composto de homens criteriosos, experientes e dotados de espírito público, poderá trazer benefícios inestimáveis ao país, através o aperfeiçoamento do seu mecanismo administrativo.

IV

47 — Do que se deixou dito chegamos às seguintes conclusões:

I) Convém, à mais pronta e meticulosa proteção jurisdicional dos direitos públicos subjetivos do indivíduo, a instituição de um tribunal destinado a funcionar como instância de apelação na matéria do contencioso administrativo;

II) E' essencial à segurança dêsses direitos e à preservação das tradições político-jurídicas do Estado brasileiro, que êsse tribunal constitua elemento integrante do Poder Judiciário;

III) Como medida a ser tomada ulteriormente convirá a especialização, na matéria do contencioso administrativo, de juizes de primeira instância, nas capitais dos Estados;

IV) Será útil à proteção administrativa dos interesses legítimos do indivíduo a instituição dum conselho de reclamações, que, como órgão especializado da Administração, decida os recursos administrativos em geral;

V) A competência dêsse órgão não obstará que, em casos excepcionais, o Presidente da República, a seu juízo, avoque o conhecimento e a decisão dos recursos, como instância administrativa extraordinária;

VI) A jurisdição dêsse órgão em nada deverá interferir com a que, na República Brasileira, sempre se tem reconhecido ao Poder Judiciário na proteção dos direitos subjetivos;

VII) Ao Poder Judiciário deve reservar-se a atribuição de definir a sua própria competência em face dêsse órgão, tal como a define em relação a todos os órgãos da Administração Pública.

(61) RANELLETTI, *obr. cit.*, ps. 382-383.

(62) RANELLETTI, *obr. cit.*, ps. 390-391.