



Gustavo Junqueira

JUSTIÇA ADMINISTRATIVA NO BRASIL: uma jurisdição administrativa judicial, extrajudicial ou híbrida?*

79

ADMINISTRATIVE JUSTICE IN BRAZIL: a judicial, non judicial or hybrid jurisdiction?

Ricardo Perlingeiro

RESUMO

A partir da análise do desenho institucional e processual do que se considera “justiça administrativa” no Brasil, e com base no *judicial review* norte-americano, defende o fortalecimento das autoridades administrativas, dotando-as de prerrogativas para atuarem com independência efetiva, como uma alternativa viável para a contenção da judicialização exacerbada.

PALAVRAS-CHAVE

Direito administrativo; procedimento administrativo; revisão judicial; devido processo legal; autoridades administrativas independentes.

ABSTRACT

Based on the institutional and procedural design of what is considered “administrative justice” in Brazil, and based on the US judicial review, the author advocates a reinforcement of the administrative authorities, giving them prerogatives to act with effective independence, as a viable alternative to contending with excessive judicial review.

KEYWORDS

Administrative Law; administrative proceeding, judicial review, due process of law, independent administrative authorities.

* Texto da conferência ministrada no Seminário *Perspectivas Comparadas de la Justicia Administrativa*, organizado pelo Centro de Investigación y Docencia Económicas (CIDE), na Cidade do México, 7 de fevereiro de 2014.

1 INTRODUÇÃO

O Judiciário brasileiro está sobrecarregado. De 83,4 milhões de feitos em 2009, atingiu a marca de 92,2 milhões em 2012. Cada magistrado sentenciou, em média, 1.450 processos nesse mesmo ano. Não há como quantificar com exatidão o percentual das causas envolvendo autoridades públicas, porém se estima que sejam a maioria, acima de 50%.¹

Em resposta, o Judiciário investe na contratação de novos juízes e funcionários públicos, em programas de treinamento e qualificação, na ampliação de instalações físicas e, mais recentemente, em sistemas eletrônicos, virtualizando os atos do processo².

É terrivelmente atual o conteúdo dos debates travados no Congresso Nacional há 10 anos, quando da reforma do Judiciário, que resultou na Emenda Constitucional 45. O mesmo se diga sobre as recentes alterações da legislação processual.

Por sua vez, o legislador é frequentemente instado a ajustar as regras processuais à natureza de direito público dos conflitos. Enfim, parte-se da premissa de que o problema é do sistema judiciário vigente, no que diz respeito à sua organização judiciária e às leis processuais correspondentes.

Em vão.³ Em linhas gerais, mesmo com o aumento na estrutura das cortes em termos de financiamento com recursos humanos e material, não se consegue solucionar as causas na mesma proporção dos patamares gastos.

Nos últimos anos, a legislação processual instituiu procedimentos judiciais inspirados no *legal precedent* da teoria do *stare decisis* para as Súmulas Vinculantes e no *Musterverfahren* alemão para o recurso com efeito repetitivo e o recurso com efeito geral.⁴

Porém, como se vê, não se reverte o quadro crescente de conflitos judiciais. É terrivelmente atual o conteúdo dos debates travados no Congresso Nacional há 10 anos, quando da reforma do Judiciário, que resultou na Emenda Constitucional 45. O mesmo se diga sobre as recentes alterações da legislação processual.

Com efeito, se levarmos em conta a origem dos conflitos, percebe-se que muitos deles talvez pudessem ser solucionados antes mesmo de levados ao Judiciário. Tomemos dois exemplos: (i) as execuções fiscais judiciais promovidas por autoridades contra particulares e (ii) as pretensões judiciais individuais contra autoridades, fundamentadas basicamente na aplicação de normas (administrativas, legais, constitucionais e convencionais).

No Brasil, a execução de decisões administrativas sobre direito tributário tem sido considerada uma atribuição exclusiva do Judiciário (reserva judiciária). Não se admite que a própria autoridade execute suas decisões tributárias, apesar da flagrante contradição com a autoexecutoriedade dos atos administrativos. Resultado: em 2012, encontravam-se pendentes 25 milhões de execuções fiscais nas cortes brasileiras, o que corresponde a 39,9% de todos os processos judiciais em tramitação.⁵

Quanto ao segundo exemplo, a respeito de pretensões individuais baseadas na aplicação ou interpretação de normas (administrativas, legais e constitucionais), é comum os interessados ouvirem, nos balcões das autoridades administrativas, que suas

pretensões são legítimas e que, seguramente, sairão vitoriosos em processos judiciais. No entanto, diretamente, nada receberão daquela mesma autoridade. Excluídas as execuções fiscais, são essas as demandas que representam a maior parte das pretensões judiciais repetitivas sobre direito público.

À luz das disparidades mencionadas, parece, de fato, oportuno que a busca de soluções ao excesso de judicialização deixe de ter como foco o sistema judiciário e se volte para a estrutura das autoridades administrativas, de modo que tenham legitimidade e autoridade para assegurar a proteção de direitos fundamentais.

É esse o meu propósito com o presente texto. Para tanto, discorrerei sobre o desenho institucional e processual do sistema que equivaleria, no Brasil, a uma jurisdição administrativa, tanto na fase preparatória das decisões administrativas, quanto na fase subsequente, diante de autoridades e cortes, tendo como referência os *Five Models of Administrative Adjudication* de Michael Asimow, (2011).

2 DECISÕES ADMINISTRATIVAS SUBMETIDAS A UM *DUE PROCESS OF LAW*?

A Constituição Federal de 1988 (Art. 5º, LIV e LV) inovou na ordem jurídica brasileira com a cláusula *due process of law*, aplicável não mais apenas aos processos judiciais, como se depreende *in verbis*: *ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal e aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes*.⁶

A importância dessa regra constitucional talvez não tenha sido suficientemente mensurada pelo direito administrativo brasileiro. Em rota de colisão com a cultura europeia-continental dos **procedimentos** administrativos, enraizados em sistemas judiciais de dupla jurisdição, a Constituição brasileira impôs um **processo** na seara administrativa, isto é, abriu caminho para uma jurisdição na esfera administrativa (não judicial), que, nos EUA, convive com um *judicial review* limitado e com um sistema judicial de jurisdição única, este último, aliás, herdado pelo direito brasileiro no início da República, em 1891.

A lei geral de **processos** administrativos, a Lei 9.784/99, explicita as garantias do devido processo legal aplicáveis às decisões: direito de petição e direito de defesa; direito ao contraditório; direito ao duplo grau de jurisdição; direito à defesa técnica e direito à gratuidade; princípio da informalidade; princípio da oficialidade; princípio da boa-fé processual; princípio da imparcialidade; e princípio da duração em tempo razoável, este também com previsão expressa na Constituição (Art. 5º, LXXVIII).

3 PANORAMA ESQUIZOFRÊNICO DA JURISDIÇÃO ADMINISTRATIVA BRASILEIRA

Entretanto, o panorama da jurisdição administrativa no Brasil que posso retratar é quase esquizofrênico, com uma normativa constitucional em descompasso com a realidade. É um sistema que evidencia um Judiciário com amplos poderes ao lado de uma Administração Pública debilitada.

Destaco treze das suas características: (i) previsão constitucional de que as decisões administrativas dependem de um prévio **processo** administrativo dotado das garantias do devido processo legal; (ii) inexistência de prerrogativas destinadas à independência

efetiva das autoridades com poder de decisão; (iii) funções investigatória e decisória do **processo** administrativo concentrado em uma mesma autoridade pública e em um mesmo representante da autoridade; (iv) pedido de reconsideração e recurso contra a decisão inicial perante a mesma autoridade, porém conduzido por um representante diverso e hierarquicamente superior ao que proferiu a decisão inicial; (v) tendência em admitir o acesso à via judicial sem o prévio **processo** administrativo; (vi) um sistema judicial unificado de jurisdição, eventualmente com órgãos especializados em direito público; (vii) leis de direito processual privado aplicáveis a conflitos judiciais de direito público; (viii) juízes e cortes de apelação com independência efetiva e credibilidade; (ix) funções não jurisdicionais a cargo do Judiciário; (x) um Judiciário à beira do colapso, devido a uma judicialização exacerbada, crescente e incontrolável; (xi) uma atuação judicial jurisdicional ampla, que não se limita a uma revisão propriamente dita; (xii) deferência judicial aos poderes regulatórios, considerando-os compatíveis com o princípio da reserva da lei; (xiii) efeito indireto e a longo prazo das decisões judiciais quanto ao comportamento futuro e geral das autoridades administrativas.

4 A ORIGEM NOS EUA DO SISTEMA JUDICIAL ÚNICO E O DUE PROCESS OF LAW

Como mencionado anteriormente, o controle jurisdicional dos atos das autoridades públicas no Brasil quando da proclamação da República, no final do séc. XIX, foi fortemente influenciado pelo modelo norte-americano de unidade da jurisdição perante o Judiciário. Contudo, observa-se que o direito brasileiro desconhece, até hoje, as nuances do *judicial review* e os efeitos, em um processo judicial, do *due process of law* aplicado na preparação de uma decisão administrativa.

É tradição do sistema jurídico dos Estados Unidos, Reino Unido e Austrália, por exemplo, que a fase preparatória das decisões administrativas se dê mediante um prévio contraditório efetivo, em que as fases investigatória e decisória sejam conduzidas por agentes diversos e por instituições com relativa independência, quase-judicial.⁷ É essa a ideia que eles têm de devido processo legal na esfera administrativa não judicial.⁸

Em consequência, a possibilidade

de revisão judicial (*judicial review*) tende a limitar-se aos casos em que a decisão administrativa ofende a razoabilidade. Nesse cenário, em que a expectativa para solução do conflito administrativo se encontra concentrada na fase não judicial, é coerente que não se invista tanto em uma estrutura judicial especializada, sendo suficiente um sistema judicial de jurisdição única. Tampouco parecem indispensáveis regras de processo judicial especializadas; bastam as regras de direito administrativo aplicáveis ao processo prévio à elaboração da decisão administrativa. Dessa forma, é realmente mais lógico a expressão “processo administrativo” em vez de “procedimento administrativo”.

[...] o panorama da jurisdição administrativa no Brasil que posso retratar é quase esquizofrênico, com uma normativa constitucional em descompasso com a realidade.

O sistema dos países da Europa continental, em especial França e Alemanha, o qual o Brasil adotava até o advento da República, parte de uma premissa distinta, a de que a etapa da preparação das decisões administrativas não pressupõe um processo com as características de um *due process of law*, bastando que haja um procedimento prévio em que o interessado seja ouvido, mesmo que ali haja uma condução inquisitorial por autoridades administrativas sem independência.⁹ Essa visão remete a uma jurisdição plena, com um processo dotado das garantias do devido processo legal, apenas no âmbito de uma estrutura judiciária e especializada.

Portanto, é fácil perceber que o Brasil adotou apenas parcialmente o modelo norte-americano, restringindo-o ao sistema judicial de jurisdição única, que, entretanto, não demonstra compatibilidade com o modelo europeu-continental de procedimento administrativo prévio, em que as decisões administrativas, na prática, não mantêm intimidade com as garantias do devido processo legal.

5 NOVAS PERSPECTIVAS PARA UMA JURISDIÇÃO ADMINISTRATIVA EFETIVA NO BRASIL

O sistema brasileiro de jurisdição administrativa é atualmente um sistema em transição, saindo de um sistema inquisitorial quanto às decisões adminis-

trativas e seus recursos correspondentes para um sistema de garantias do devido processo legal.

Com efeito, ainda não está consolidada, no Brasil, a noção de um processo administrativo (não judicial) justo. Na realidade, o que se observa são procedimentos inquisitoriais travestidos de processos, dirigidos por autoridades sem independência, os quais, conseqüentemente, em compensação, desafiam um Judiciário com amplos poderes que, muitas vezes, substitui, apropriadamente (porque necessário), as autoridades.

Porém, à medida que se fortaleçam as autoridades públicas, propiciando-lhes independência e qualificação adequadas, a

tendência é o esvaziamento do Judiciário. Primeiro, porque deixa de ocorrer uma litigância artificial e obrigatória. Segundo, porque, com autoridades independentes, aumenta o grau de qualidade e os erros são menores, ampliando a credibilidade do sistema como um todo.

Nesse compasso, estaremos em uma realidade bem diversa da narrada na parte introdutória deste texto, sem a necessidade de execuções fiscais perante as cortes, sem a necessidade de o Judiciário rever integralmente as decisões administrativas e sem a grande parte das demandas repetitivas fundadas na interpretação de normas e de leis.

Nos raros exemplos em que o direito brasileiro se aproxima de um **processo** administrativo mais fortalecido, a possibilidade de revisão judicial ampla ainda persiste, mesmo sendo redundante, sobretudo por falta de compreensão de toda essa engrenagem.

A abertura democrática com a Constituição de 1988, assegurando as garantias do devido processo legal nos processos administrativos e judiciais, ocasionou uma avalanche de demandas represadas, notadamente no Judiciário – que renasceu com fortes garantias de independência.

Antes, o sistema inquisitorial na esfera administrativa acomodava-se com um sistema judicial limitado e vulnerável. Em outras palavras, prevalecia um sistema de jurisdição administrativa incompatível

com o Estado de Direito. Agora, o Judiciário que se ergue, em razão de garantias explícitas, acaba absorvendo a jurisdição administrativa que, somente de modo tímido, vem se ocupado das autoridades administrativas.

Em um sistema como o brasileiro, em que se impõe o *due process of law* nos processos administrativos, é significativa a omissão no que concerne à instituição de autoridades administrativas independentes. Porém, na falta delas, realmente não há outra solução senão confiar a totalidade dos conflitos administrativos ao Judiciário.

6 CONCLUSÕES

Uma proposta factível para diminuir a judicialização exacerbada dos conflitos administrativos seria o fortalecimento do processo administrativo prévio às decisões administrativas iniciais, passando a ser conduzidos por funcionários públicos com formação jurídica.

Para tal, seria necessário, ainda, que esses profissionais fossem selecionados de modo transparente e unicamente com base em critério de qualificação técnica; fossem inamovíveis da função de decisão, salvo por ilícito disciplinar; não estivessem subordinados hierarquicamente em razão da atribuição de decisão; e não acumulassem suas atividades com a função investigativa, de modo a não caracterizar uma atuação inquisitorial.

Deixar de ter como foco o sistema judiciário e partir em busca de alternativas à litigiosidade excessiva, voltando-se para uma reforma estrutural da Administração, a começar pela mentalidade do agente público, hoje mais comprometida com o princípio da hierarquia do que com os direitos fundamentais, é algo que ainda não se tentou neste país.

GORDILLO, Agustín, *Tratado de derecho administrativo*, tomo III, 3. ed., 1998. MEDAUAR, Odete, *A processualidade no direito administrativo*, 2. ed., São Paulo: Malheiros, 2008, p. 83.

Artigo recebido em 19/2/2014.

Artigo aprovado em 17/3/2014.

NOTAS

- 1 Ver Justiça em Números 2013: ano-base 2012/ Conselho Nacional de Justiça - Brasília: CNJ, 2013.
- 2 Sobre o assunto, consultar/consulte-se a notícia "CNJ disponibiliza manuais ensinando a usar o Pje", veiculada na revista eletrônica *Consultor Jurídico*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2014-jan-23/cnj-disponibiliza-manuais-ensinando-usar-processo-judicial-eletronico>>. Acesso em: 31 jan. 2014.
- 3 Ver Justiça em Números (Idem nota n. 1).
- 4 São os seguintes instrumentos processuais criados recentemente para evitar as demandas repetitivas: Súmula Vinculante (Lei 11.417/2006); julgamento imediato de improcedência (art. 285-A do CPC); julgamento por amostragem dos recursos extraordinário e especial (arts. 543-B e 543-C do CPC); afetação de julgamento a órgão indicado pelo regimento interno (art. 555, §1º do CPC); suspensão de segurança para várias liminares em casos repetitivos (art. 4º, § 8º, da Lei 8.437/1992 e art. 15, §5º, da Lei 12.016/2009).
- 5 Cf. Justiça em Números (Idem nota n. 1).
- 6 Sobre a vinculação indissociável da cláusula do *due process of law* e o direito a contraditório e ampla defesa no processo administrativo, ver Medauar (2008, p. 83).
- 7 Conferir Asimov (2011).
- 8 Sobre o caráter essencialmente jurisdicional do processo administrativo preparatório de decisões administrativas nos EUA, ver Medauar (2008).
- 9 Sobre a concepção de que, na esfera administrativa, não se concebe uma autoridade independente e imparcial plenamente, ver Gordillo (1998, p. 95).

REFERÊNCIAS

ASIMOW, Michael. *Five Models of Administrative Adjudication*. [Paper presented at the annual meeting of the The Law and Society Association, Westin St. Francis Hotel, San Francisco, CA], May 30, 2011. Disponível em: <<http://law.huji.ac.il/upload/Five.models.doc>>. Acesso em: 31 jan. 2014.

Ricardo Perlingeiro é desembargador do Tribunal Regional Federal da 2ª Região e professor titular da Faculdade de Direito da Universidade Federal Fluminense (UFF).