

O “Contencioso Administrativo” Inexistente

J. Cretella Júnior

Professor Titular de Direito do Estado, da
Faculdade de Direito da Universidade
de São Paulo

Contrapondo-se ao «sistema de jurisdição una», que é o brasileiro, tradicionalmente, importação do modelo norte-americano, no qual «cabe ao Poder Judiciário, decidir, soberanamente, **todas** as lesões ao direito do administrado», existe o «sistema de jurisdição dupla», ou do «contencioso administrativo», que é o francês, no qual, «cabe a Tribunais Especializados, independentes, autônomos, a decisão soberana de certas questões administrativas que, em última instância, são resolvidas pelo Conselho de Estado, órgão supremo, de natureza jurisdicional, desvinculado do Poder Judiciário e do Poder Executivo».

Isso é o **contencioso administrativo**, aparelhamento completo e independente (aspecto formal), encarregado de resolver litígios em matéria administrativa (aspecto material). Empregar a expressão técnica «contencioso administrativo», em outra acepção é, numa comparação grosseira, o mesmo que discutir as vantagens ou desvantagens de um «refrigerador», no Polo Norte, empregando, porém, a expressão «refrigerador» na acepção de «aquecedor», o que vai levar os contedores a uma série de colocações incorretas, por causa da utilização de um termo ou expressão em sentido impróprio, o que, evidentemente, não está de acordo com a **teoria da comunicação**, que procura adequar os **termos à mensagem** transmitida.

O que mais aborrece o especialista é assistir a discussões estéreis sobre assuntos que lhe são familiares, empreendidas pelos não especialistas que empregam conceitos não técnicos e que, por isso, são levados a conclusões divorciadas da realidade.

Em primeiro lugar, devem ser afastadas do tema quaisquer animosidades ou colocações políticas, que perturbam o cientista na captação da realidade; em segundo lugar, a escolha precisa da nomenclatura impedirá que espíritos esclarecidos, que estão de acordo com o que se passa **no mundo**, objetivamente, discutam e discordem, em razão de terminologia, pois, como diz Descartes, «se entre os filósofos sempre houvesse concordância sobre o sentido das palavras, quase todas as controvérsias deles desapareceriam» (**Regulae**, sII, 5), ou,

como quer Gassendi, em 1630, quando elucida que «é sobre palavras, na maioria das vezes, que discutem os filósofos, porque quanto ao fundo das coisas reina, ao contrário, grande harmonia entre as teses mais importantes e mais célebres».

A proposta de Emenda Constitucional, enviada pelo Poder Executivo ao Congresso, precisa ser analisada objetivamente, em vários de seus aspectos, alguns positivos e bem elaborados, de acordo com a natureza das coisas, outros necessitando de maior meditação.

Lembre-se, antes de tudo, que ou as palavras e expressões são empregadas em sentido preciso, ou é melhor renunciar a todo esforço para entender o problema.

A finalidade deste artigo é mostrar que a expressão «contencioso administrativo» não é usada pelos doutrinadores, em sua acepção técnica, precisa, pontual, que passou a ter, na França, depois da Revolução Francesa, e que continua a ter, ainda hoje, entre os especialistas.

Grandes mestres da Academia de São Paulo, Manoel Pedro Vila-boim, Cardoso de Melo Neto e Mário Masagão, por exemplo, confundiram o verdadeiro instituto do «contencioso administrativo» fruto da Revolução Francesa, com o sistema superado, do Administrador-juiz, chegando nosso antecessor, na Cátedra, a definir o instituto como «o sistema de jurisdição, mais ou menos extenso, atribuído à própria Administração, quando em litígio com o administrado» (**Em face da Constituição Federal, não existe, no Brasil, o contencioso administrativo**, São Paulo, 1927, pp. 14-15, Secção de Obras do «O Estado de S. Paulo», editor). Ora, sistema em que a Administração tem funções jurisdicionais não existe. Seria a maior das aberrações, porque o Estado, seria, ao mesmo tempo, juiz e parte.

Na mesma página 15, conclui o eminente professor: «Perante a **teoria da jurisdição una**, ao contrário, desaparece a questão do contencioso administrativo, pela negação formal desse instituto».

Nessas condições, o próprio autor da tese, partindo embora de definição deformada do instituto, no direito francês, acaba por concluir que é incompatível a coexistência do **sistema do contencioso administrativo** com o **sistema da jurisdição una**.

Não vamos analisar outra impropriedade de linguagem do saudoso mestre que critica a própria expressão «contencioso administrativo», entendendo haver aí verdadeira «contradição nos termos», porque, a seu ver, «administrativo» teria o sentido de «gracioso, voluntário, não-contencioso», quando, na verdade, «administrativo» tem o sentido de «relativo à Administração».

«Contencioso administrativo é o sistema de jurisdição em que toda uma justiça especializada, formada de juizes e tribunais, totalmente desvinculada do Executivo e do Judiciário, é encarregada de dizer o direito, em determinados litígios entre a Administração e o administrado».

Pois bem, essa definição, que se encontra em todas as obras da doutrina francesa, confirmada pessoalmente em reuniões que tivemos, em Paris, com o professor Georges Vedel e com o professor Jean Rivero, essa definição, que traduz a «natureza das coisas», está longe de ser a que se encontra na Emenda Constitucional de 1969 e na proposta de Emenda, agora remetida ao Congresso Nacional.

Como discutir, então, a conveniência ou inconveniência, a vantagem ou desvantagem do «contencioso administrativo», condenando-se a criação daquilo que não é e nunca foi «contencioso administrativo»? Como conviveriam dois sistemas que, por natureza, são incompatíveis? A «jurisdição una» repele o «contencioso administrativo». Este não pode coexistir com a «jurisdição una».

A Constituição de 1969, artigos 110 e 111, encerra o maior dos absurdos, ao pretender criar «contencioso administrativo», para julgar «litígios decorrentes das relações de trabalho dos servidores com a União».

Isso nunca foi contencioso administrativo. Ou os juízes federais e, depois, o Tribunal Federal de Recursos, julgam litígios e estamos, nesse caso, dentro do sistema tradicional da jurisdição una, que é e sempre foi o nosso sistema, o que é confirmado pelo art. 125 da C.F. de 1969, ou seria criado, realmente, o contencioso administrativo, modelo francês, o que conflitaria com o art. 153, § 4º («A lei não poderá excluir da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão de direito individual»). Nunca, jamais, estando em vigor este artigo, haverá «contencioso administrativo», pela simples razão que ele consagra a jurisdição UNA.

Para que não se diga que estruturamos a definição do instituto do contencioso administrativo, artificialmente, *ad hoc*, vamos transcrever, em tradução *ad litteram*, a posição de Rivero, que resume a doutrina e a prática francesa, há mais de cem anos: «A existência de uma organização jurisdicional especializada, para julgamento dos litígios administrativos, e separada das jurisdições judiciárias, é um dos traços essenciais do sistema francês. Contencioso administrativo é o conjunto de contestações nascidas da ação da Administração, quando ela se exerce segundo o direito administrativo. Trata-se de **verdadeiros tribunais**, que desempenham a função normal de todo juiz: dizer o direito por ocasião dos litígios que lhe são submetidos» (Jean Rivero, *Droit administratif*, 9ª ed., 1980, p. 137).

Desse modo, formalmente, o «contencioso administrativo» é toda uma estrutura, todo um aparelhamento, diferenciado, autônomo, desvinculado de qualquer outro Poder, que «diz o direito soberanamente», até seu mais alto grau, que é o Conselho de Estado, cuja decisão última faz «coisa julgada, em matéria administrativa».

O Brasil, neste ponto, regrediu agora cem anos, imitando o contencioso administrativo da primeira fase, posição abandonada, na

França, em 13 de dezembro de 1889, pois, antes, «pendant longtemps, on admit que le préalable à toute action devant le Conseil d'État était un recours au Ministre, qui faisait ainsi la figure de premier degré de juridiction, d'où l'expression Ministre-juge», ou, em vernáculo, «durante muito tempo, admite-se que a preliminar a toda ação diante do Conselho de Estado era um recurso ao Ministro, que desempenhava assim a figura de primeira grau de jurisdição, donde a expressão Ministro-juiz» (cf. Georges Vedel, **Droit administratif**, 5ª ed., 1973, p. 449).

Não pode haver «contencioso administrativo» jungido ao Poder Executivo, nem ao Poder Judiciário, a não ser que a expressão, universalmente, tivesse outro sentido.

Ora, pretender a criação de «contencioso administrativo», para designar algo que não é «contencioso administrativo», é empregar a expressão em sentido não técnico. Falso.

Quando se informa, na França, aos juristas franceses que, desde 1969, se pretende criar o «contencioso administrativo», entre nós, eles ficam perplexos, primeiro porque a França é país Unitário e o Brasil é Federação, o que implicaria na criação, em cada Estado, de um Tribunal Administrativo, ao mesmo tempo que os Municípios precisariam ter magistrados de primeiro grau para conhecimento das causas administrativas, depois, porque o conteúdo do nosso «contencioso» é matéria trabalhista ou fiscal. Finalmente, por último, porque o nosso «contencioso administrativo», subordinado ao Executivo, teria seus atos sujeitos à revisão do Judiciário.

Nem é necessário discutir o mérito, o reflexo da criação, no direito brasileiro, do instituto a que se deu nome impróprio, argumentando-se (a) que órgãos ligados ao Executivo não têm objetividade para julgar, (b) que está julgado, «a priori» e, previamente, condenado, quem for julgado por órgãos dependentes do Executivo federal ou estadual, em qualquer causa e, em especial, em questões trabalhistas ou fiscais, (c) que a medida está em desacordo com a realidade brasileira, (d) que isso aumenta o arbítrio governamental, ficando o cidadão menos protegido.

É necessário, antes, discutir a **preliminar** de que não está em jogo o instituto do «contencioso administrativo», o que somente traz confusões ao espírito do estudioso, pelo que se impõe a alteração do nome, da terminologia.

O que, na França, se faz com o «contencioso administrativo», é precisamente aquilo que, no Brasil, se faz em grande parte, com o mandado de segurança e com outras ações propostas perante as Varas da Justiça Federal, Estadual e Municipal. «Não devemos desmerecer a contribuição que o sistema brasileiro de proteção judicial tem oferecido à garantia das liberdades públicas e dos direitos individuais diante de ameaças ou lesões oriundas da Administração» (Caio Tácito, **Contencioso administrativo**, em RDA, 133, p. 64).

Aliás, o artigo 79 da Constituição de 1934 já possibilitava a criação de Tribunal Especial, com competência privativa e final, exceto em matéria constitucional, para o conhecimento e julgamento de recursos de matéria administrativa, regida pelo direito administrativo, bem como nos litígios entre a União e seus credores, oriundos de contratos públicos, mas a criação ficou no papel, não sendo concretizada, embora tivesse tido o mérito de inspirar a criação do Tribunal Federal de Recursos, previsto na Constituição de 1946.

Para que se entenda bem o problema do «contencioso administrativo», partindo-se da realidade brasileira, poderíamos dizer que o Tribunal Federal de Recursos seria um verdadeiro «contencioso administrativo federal», se suas decisões fizessem «coisa julgada» e não pudessem ser sujeitas ao nosso tribunal máximo, o Supremo Tribunal Federal. Todo o aparelhamento federal, julgando, em todo o Brasil, determinadas matérias, poderia receber o nome de «contencioso administrativo federal», caso a Corte Máxima fosse o Tribunal Federal de Recursos. Isto, entre nós, é o que mais se aproxima do «contencioso administrativo». O resto são discussões estéreis sobre assunto relevante, mas que nada tem a ver com o «contencioso administrativo».

A solução para o problema do desafogamento do nosso excelente Poder Judiciário é a aplicação de verbas, no setor, aumentando o número de Juizes e de Varas, ao mesmo tempo que prestigiando ao máximo as funções dos magistrados, outorgando-lhes vencimentos compatíveis com a alta função de julgar.