INSTITUTO DE DIREITO PÚBLICO E CIÊNCIA POLITICA

CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO*

Presidente: THEMISTOCLES BRANDÃO CAVALCANTI
Participantes: SÉRGIO FERRAZ; MARCELO CAETANO; FRANCISCO MAURO DIAS; COTRIM NETTO.

Presidente (*Themistocles Cavalcanti*) — Vamos discutir o assunto do contencioso administrativo com muita liberdade, cada um dizendo o que pensa, sem atender sequer ao dispositivo constitucional. Inclusive, pode ser objeto de uma emenda constitucional nesta nova fase. Considero mal redigido o dispositivo constitucional, feito por pessoas que não estão inteiramente integradas no assunto.

Sempre defendi a criação do contencioso administrativo. Há mais de 40 anos defendo essa tese. Gostaria de ouvir a opinião de todos sobre esse assunto. Fizemos um pequeno roteiro e que, necessariamente, não precisa ser obedecido. Em todo caso, ele reúne um pequeno número de idéias, de conceitos que devem ser atendidos.

Vejamos a opinião do Dr. Cotrim Netto.

Cotrim Netto — Tenho a impressão de que essa idéia de contencioso administrativo está muito mal posta na nossa Constituição Federal. O art. 203, que resultou da Emenda Constitucional nº 7, está, inclusive, mal redigido porque começa dizendo: "Podem ser criados contenciosos administrativos, federais e estaduais, sem poder jurisdicional." Ora, quase todos os autores têm desenvolvido o que se entende por "poder jurisdicional", apresentando-o, sobretudo, como o poder de decidir com isenção, com imparcialidade. Themistocles Cavalcanti e Marcelo Caetano têm escrito sobre isso. Poder jurisdicional não significa apenas o poder de julgar exercido pelo Judiciário. No art. 203, recém-introduzido na Corte Maior do País, ter-se-á querido dizer que os contenciosos não integrariam, esses contenciosos a serem criados, o Poder Judiciário, mesmo porque tal já estaria reafirmado no art. 153, parágrafo 4º, da Constituição, se já não estivesse bem claramente posto no capítulo VIII, do título I, que encerra o enunciado constitucional sobre a estrutura do Poder Judiciário.

* **Mesa-redonda realizada no dia 8 de dezembro de 1977.**

Então, qual seria a natureza jurídica desses contenciosos administrativos? A sua natureza jurídica é aquela mesma que tem, hoje, *n* entidades, *n* conselhos de contribuintes, o Conselho Administrativo de Defesa Econômica, e outros que existem em todos os recantos do País. São órgãos coletivos, sem nenhum poder decisório efetivo, cujas deliberações não são executáveis, não fazem coisa julgada. Enfim, eu tenho a impressão de que como foi posto na Emenda Constitucional nº 7, os contenciosos administrativos serão um mero complicador da burocracia administrativos, sobretudo porque, no parágrafo 4º do art. 153, a Constituição de certo modo subordinou a ação judiciária que os administrados, eventualmente, queiram provocar contra deliberações administrativas, à prévia exaustão de todos os procedimentos administrativos. A meu ver, isto apenas complicou, retardou e encareceu, em termos monetários, a defesa dos direitos, dos interesses dos administrados.

Se se quer, no Brasil, instalar um correto contencioso administrativo, temos dois modelos perfeitamente identificáveis. Temos o modelo francês que é o clássico, e o modelo alemão, mais moderno. Eu optaria pelo modelo alemão antes que pelo francês. Pelo modelo francês, os órgãos que apreciam os contenciosos administrativos porque o contencioso é o processo — os órgãos que deliberam as matérias de contencioso administrativo, conquanto sejam tribunais, instâncias, órgãos jurisdicionais, órgãos judiciários, entretanto não estão integrados na estrutura clássica do Poder Judiciário. Mas são uma justiça. Sobre isso não há dúvida. Já em 1898, Rodolpho Dareste estudava o contencioso administrativo da França em livro que tinha o título, precisamente, de *Sobre justiça administrativa.* O contencioso administrativo francês integra-se numa estrutura judiciária, de uma Justiça que está à margem, *a latere,* do Poder Executivo, mas com total independência. Sabemos que ela é tão independente que, desde Napoleão, embora o poder real detivesse atribuições de justiça retida, na realidade, em relação à jurisdição dos órgãos deliberantes do contencioso administrativo, muitíssimo raramente eles exerciam o poder real no concernente a essa Justiça retida. Então, os órgãos de jurisdição administrativa deliberavam com plena liberdade. Mas nós sabemos que o modelo francês, surgido para atenuar aquela situação de impunidade em que a administração francesa ficara com a implantação da separação dos poderes, depois de 1789, se espalhou pelo mundo. Há uma obra, até não muito antiga, de um autor grego, que muito bem ilustra como o contencioso administrativo do modelo gaulês se difundiu pela Europa, no século anterior. O autor é Stratis Andreádès. Ele escreveu, em 1932, uma obra intitulada *Le Contentieux Administratif des États Modernes,* onde mostra como na Europa Ocidental e até em certas partes...

Presidente — Temos que levar em consideração também o modelo anglo-saxônico da Justiça administrativa, o que é muito importante.

Cotrim Netto — O modelo francês foi, portanto, muito imitado, e andou por Portugal e pelo Brasil. Rego Barros, em obra clássica, teve o ensejo

de historiar como em nosso País, durante o Império, funcionou o contencioso.

Nós sabemos que na Alemanha também se implantaria o contencioso administrativo. No Império Alemão, todavia, adquiriu características particulares, que acabariam, na Constituição de Weimar, de 1919, e com a Lei Fundamental, de 1949, resultando na transposição do contencioso administrativo para a esfera do Poder Judiciário.

Para mim, esta é a fórmula ideal. Deveríamos ter jurisdições administrativas, entretanto como parte, como uma fração especializada do Poder Judiciário. Nós não temos, hoje, no Brasil, como fração do Poder Judiciário, a Justiça do trabalho, a Justiça eleitoral, a Justiça federal e a Justiça militar?

Sobre a Alemanha, tenho aqui o esquema de como opera, como funciona hoje o Poder Judiciário ali, o *Rechtspereschung*. Na Alemanha existem cinco faixas de Justiça: têm eles a Justiça *ordinária* civil e criminal, a Justiça do *trabalho,* a Justiça *administrativa,* a Justiça *social* (para os assuntos da previdência social), e a Justiça *financeira* (a Justiça fiscal), como integrantes do Poder Judiciário.

A Justiça na Alemanha tem, destarte, uma composição muito peculiar, inclusive porque, não obstante a estrutura política federal, processualmente ela opera em três instâncias. Todavia, a terceira instância, que tramita em órgão judiciário federal, só se manifesta pela via de uma espécie de recurso extraordinário. Mas os alemães falam em "três instâncias", coisa que, no pensamento jurídico brasileiro, não admitimos.

Na Alemanha, existem, em primeira instância, 31 tribunais administrativos; na segunda instância, ainda nos estados, dez tribunais superiores. E existe o tribunal administrativo federal, o qual tive a satisfação de visitar e ver funcionar, em Berlim, com 66 juízes. No total, segundo dados oficiais, na jurisdição administrativa da Alemanha Federal — os dados que possuo são de publicação oficial de 1970 — temos os seguintes números: na Alemanha Federal havia 859 juízes, dos quais 66 no tribunal federal. Esta é que parece a estrutura melhor para a organização da jurisdição administrativa no Brasil.

Como fórmula intermediária, poderíamos instituir nossos tribunais, do mesmo modo que na primeira instância, câmaras ou juizados especializados, porque nós cultores do direito administrativo sabemos que, em geral, os nossos juízes conhecem muito pouco do direito administrativo. Até bem pouco tempo dava-se mínima importância ao estudo dessa disciplina, entre nós. Agora, graças a Themistocles Cavalcanti, sobretudo, e nos últimos anos, é que se tem desenvolvido esse estudo, em nossos cursos jurídicos.

Em resumo, eu diria que acho muito mal posta a questão do contencioso ou "contenciosos administrativos" em nossa Constituição. Criam-se ou pretendem-se criar contenciosos sem independência. A propósito, já se conhece o primeiro esforço de um estudo do contencioso fiscal, que se pretende instituir para o Ministério da Fazenda: aí se diz que os funcionários públicos nele integrados, hão de ser "efetivos", quando, pelo menos,

se deveria exigir que fossem "estáveis". Desta forma, isso bem serve para evidenciar que tal "contencioso" será órgão sem autonomia e sem autoridade, que apenas retardará a decisão dos pleitos, das contestações dos administrados, contestações jurídicas, evidentemente: esse contencioso apenas tomará tempo, encarecerá a defesa dos direitos dos administrados, e não vai levar a nada.

Redargüir-se-á: entretanto, nos contenciosos federais, os recursos opostos às suas deliberações irão diretamente para o Tribunal Federal de Recursos. Mas isso também não resolve o problema. De forma que o que se fez com a Emenda Constitucional nº 7 eu não acredito que venha a entrar em vigor, tanto mais quanto já se está falando em reformas constitucionais em sentido mais amplo. Sabemos que essa Emenda nº 7 não agradou a gregos nem a troianos. A reforma do Judiciário, em cujo corpo veio a previsão dos contenciosos, não mereceu aprovação de ninguém: advogados, juízes, membros do Ministério Público, todos estão insatisfeitos com a reforma judiciária. Acredito que ela não haverá de se consolidar e, portanto, não creio que haja sequer tempo para implantação desses contenciosos administrativos no Brasil.

Esta é minha opinião preliminar, assim em termos gerais.

Marcelo Caetano — Um dos problemas mais difíceis que defronta um jurista europeu que estuda o direito brasileiro é justamente esse do contencioso administrativo. Lembro-me de que quando do II Congresso de Direito Administrativo, que se realizou no Rio de Janeiro, havia uma seção de contencioso administrativo e eu me dirigi para lá. Em certa altura, tive a impressão de que estava ouvindo uma linguagem completamente diferente daquela que toda a vida estava habituado a usar. Na mesma situação estava um professor uruguaio, que trazia uma tese, que foi lida na sessão no meio àquela incompreensão geral. E aí tivemos a noção exata de como falávamos linguagem diferente.

Aquilo que nós chamávamos de contencioso administrativo na Europa, e em outros países que seguem o modelo europeu, é qualquer coisa completamente diferente do que no Brasil hoje se chama de contencioso administrativo.

Verifiquei que o que se chama no Brasil, habitualmente, de contencioso administrativo está realmente mais próximo do modelo anglo-saxônico dos *administrative* do que do modelo europeu.

O que se pretende nesse modelo é que, concretamente, em certos serviços administrativos, haja um órgão, em geral colegiado, no qual se defendam os interesses da administração e dos particulares, postos em causa por uma decisão anterior do órgão singular do serviço, ou por uma pretensão de qualquer das partes.

Presidente — Seriam as *comissions*...

Cotrim Netto — Mas o contencioso do Império era precisamente isso.

Marcelo Caetano — Não, é diferente. O contencioso do Império seria mais o modelo francês, era quase completamente o modelo francês. Tanto

quanto eu me apercebia, nunca funcionou rigorosamente. Mas realmente, havia a possibilidade de recorrer das decisões tomadas por qualquer autoridade local, para o presidente da província, o qual deveria resolver ouvindo um conselho à semelhança do que acontecia em França, onde o prefeito decidia com o conselho da Prefeitura, mas que resolvia sozinho, quando resolvia, e daí ia recurso para o Imperador, em Conselho de Estado. Portanto, é o modelo francês.

Cotrim Netto — Era mais tímido, não? Não chegava a ser bem o francês, mas era aproximado.

Marcelo Caetano — A fórmula era à francesa. A estruturação e o procedimento é que não chegaram nunca a ter a precisão que houve em França, mas a fórmula era análoga: o presidente da Província procedendo como o prefeito do departamento, e depois com recurso que lá também era interposto para o imperador ou para o rei, ouvido o Conselho de Estado. Por isso se falava em *justice retenue* — a decisão estava reservada ou retirada pelo rei ou pelo imperador, porque o Conselho de Estado limitava-se a dar um parecer que seria ou não homologado por decreto do Executivo. Pouco a pouco foi decaindo o uso do poder de não homologar até que se deu *jurisdição própria* ao Conselho de Estado.

Mas no modelo da Inglaterra e dos Estados Unidos, que se fez? Há um órgão administrativo que toma as suas resoluções. Mas se o particular interessado não estiver de acordo, faculta-se-lhe uma comissão que ouve as duas partes, o funcionário que se pronunciou e os particulares que tiverem alguma coisa a dizer sobre a decisão. E esta comissão ou tribunal administrativo, que nem sempre é colegiado — realmente, na Inglaterra, há muitos casos em que é um simples funcionário com funções de auditor ou juiz — resolve. Daqui resulta uma resolução, da qual cabe recurso judiciário, a tal *Judicial review,* sempre cabível para uma *court.* Portanto, na Inglaterra e nos Estados Unidos estabeleceu-se esta discriminação entre *tribunal* e *court*; a corte é o tribunal judiciário tradicional, ao passo que o tribunal é qualquer entidade criada no seio da administração, com poderes para tomar ou rever uma decisão administrativa, ouvidas as duas partes em litígio.

O Brasil parece-me que é para este modelo que procura se inclinar, com o perigo que existe da multiplicidade dos "contenciosos", porque a proliferação, na Inglaterra e nos Estados Unidos, desses tribunais administrativos, foi cancerosa. Há anos falava-se, nos Estados Unidos, em centenas — eu já não me lembro exatamente da cifra — ou milhares de tribunais administrativos.

Cotrim Netto — Na Inglaterra?

Marcelo Caetano — Nos Estados Unidos. Na Inglaterra é praticamente a mesma coisa. Todo departamento tem lá metido dentro, tem lá "embuscado", um tribunal administrativo, isto porque a sua existência facilita realmente a execução imediata das decisões contestadas. Porque nesses

países uma decisão administrativa que não aceite pelo destinatário não é executória, salvo se houver um pronunciamento posterior proferido depois de ouvidas as razões das duas partes. Dantes só as *courts* eram competentes para o proferir: agora já basta uma decisão de um tribunal.

Francisco Mauro Dias — Pode então dar velocidade inclusive à solução, quando favorável aos administradores, de suas pretensões.

Marcelo Caetano — Nem sempre, mas isto é outro problema, porque de uma maneira geral restam os recursos aos órgãos judiciários que em qualquer dos países não são muito velozes.

Cotrim Netto — Recurso judiciário em nenhum país é veloz.

Marcelo Caetano — É. Apesar de todos os esforços feitos na Inglaterra e nos Estados Unidos para simplificar-se o procedimento, há anos para cá, mesmo assim todos os autores, ingleses e americanos, se queixam da lentidão e do excesso de formalismo do procedimento judiciário. Embora também digam os americanos que uma grande parte das questões, sobretudo nesses tribunais administrativos, não seguem um formalismo rigoroso, portanto são resolvidas amistosamente quase que em audiências orais. Têm lá os *hearing officers,* que são os instrutores de processos e que muitas vezes conseguem, mediante o comparecimento do interessado e a sua audiência, encaminhar uma solução muito mais simples, muito mais rápida do que num procedimento solene, porque uma vez satisfeitas essas formalidades está cumprida a exigência constitucional do *due process of law* e é essa a grande vantagem que os autores apontam à fórmula dos *administrative tribunals.*

Presidente — Limpa muito a área administrativa.

Marcelo Caetano — E as pessoas que têm alguma objeção a fazer a uma primeira decisão dada por um funcionário administrativo dispõem ali de uma maneira de apresentar as suas objeções. Pode-se porém seguir um formulário mais complexo, fazer um inquérito, ouvir testemunhas, examinar novos documentos, para chegar a uma decisão que então já tem uma base que a torna muito mais sólida e portanto muito mais difícil de ser contestada.

De forma que esses tribunais administrativos têm, de fato, simplificado muito a administração, evitando o imediato recurso aos tribunais, às *courts,* com a complicação dos processos judiciários.

A fórmula européia, como o Dr. Cotrim Netto acabou de dizer, é muito diferente. Nós chamamos contencioso administrativo à fase que se segue ao procedimento gracioso, isto é, o que se passa no interior da administração. Portanto vigora, por via de regra, o princípio do esgotamento ou exaustão das vias administrativas, até se obter o chamado ato definitivo e executório e só depois deste a decisão pode ser executada. E no direito alemão, se se pode falar em três instâncias é, rigorosamente, porque antes de recorrer ao Tribunal Administrativo de primeira instância o interessado tem que formular a pretensão de anulação ou alteração do ato à autoridade

que deu a decisão que pretende impugnar. E a autoridade recebe já portanto uma petição com a argumentação do interessado contra a decisão que essa autoridade tomou, examina a petição e pode reformar ou anular o seu ato. Só se não reformar ou se calar — portanto tomando uma decisão tácita — é que se recorre ao Tribunal Administrativo.

Cotrim Netto — Aliás eu tive oportunidade de ver como funciona isto na Alemanha, onde o próprio expediente administrativo, o processo administrativo, é encaminhado aos órgãos da Justiça administrativa.

Marcelo Caetano — Porque é desse processo que se faz a reclamação ou se formula a pretensão e depois então sobre a decisão tomada pela autoridade, se esta mantiver o que antes resolveu, é que se segue o recurso para o tribunal e daí para a segunda instância. No final o Tribunal Superior Administrativo Federal recebe apenas uma questão de direito a decidir. Aliás o próprio do Tribunal Administrativo, em geral de regra, na Europa, é o contencioso de legalidade, é o contencioso de anulação. Só em raríssimos casos é chamado o contencioso de plena jurisdição. Quer dizer, enquanto na reclamação ou no recurso hierárquico a autoridade administrativa pode modificar completamente a decisão anterior, no Tribunal Administrativo, segundo a regra vigente em toda a Europa, pode-se dizer, é o problema da legalidade da decisão tomada que vai ser examinado, porque o tribunal já não administra, já não substitui aquela decisão por outra. Limita-se a dizer: é legal ou é ilegal. Se é ilegal tira uma conclusão, que é a anulação, o ato não pode vigorar, não pode surtir efeito. Volta à administração e esta ou executa a sentença e destrói definitivamente a decisão que tomou ou toma em vez desta outra decisão que seja legal.

De forma que é muito importante, realmente, essa separação entre a administração que pondera a conveniência ou a inconveniência das decisões a tomar, e a Justiça que se limita a fazer a comparação entre a decisão tomada e a lei à sombra da qual devia ter sido emitida para verificar se está conforme ou não e para produzir um juízo de invalidade e a conseqüente anulação, no caso de verificar que o ato é inválido.

Como digo, creio que aqui no Brasil o que se procurava era mais uma vez seguir o modelo americano.

Presidente — É impraticável criar o contencioso administrativo de modelo europeu aqui no Brasil.

Cotrim Netto — Com a nossa estrutura constitucional.

Marcelo Caetano — Eu tenho ouvido sempre dizer isso. Mas eu sou um mero observador. Entretanto, como o Sr. Cotrim Netto disse, não creio que seja impossível. Até mesmo sem criar um ramo do Judiciário, como o do trabalho, o militar ou o eleitoral, bastava criar Varas especializadas na 1ª instância como as da Fazenda Pública já existentes em certas comarcas.

Cotrim Netto — A própria justiça federal, no Brasil, já é essencialmente uma justiça administrativa.

Marcelo Caetano — Creio que a maior parte das questões tratadas no Tribunal Federal de Recursos são questões administrativas. Ora, independentemente de qualquer preconceito doutrinário, essa especialização traz enormes vantagens, como eu disse no congresso e como o Sr. Cotrim Netto agora acabou de acentuar, porque o juiz não pode ser onisciente, não pode resolver, no mesmo dia ou na mesma semana, processos civis, comerciais, criminais, administrativos. E muitas vezes as questões administrativas têm conotações políticas. Numa cidade pequena, por muito independente que seja o juiz sofre sempre uma pressão, porque é a imprensa, são as conversas, são as pessoas a emitir opiniões, apaixonadas por vezes, ao passo que, com varas especializadas funcionando apenas em certos centros, como as capitais dos estados, em que o juiz esteja habituado a trabalhar com o direito administrativo, que tem realmente muitas particularidades em que um jurista qualquer não entra de um momento para outro, podendo formar uma jurisprudência, podendo estabelecer os seus precedentes, tem outra independência porque mesmo que queiram exercer pressão sobre ele não há a pressão do ambiente, que é importantíssimo. Tenho para mim que isso seria um passo à frente na organização judiciária brasileira, sem que trouxesse qualquer perturbação no sistema geral, pois a justiça administrativa continuaria com os juízes togados possuindo as mesmas garantias, mas com outras facilidades de decisão, mesmo para o próprio público, para o cidadão.

Cotrim Netto — Ministro, permita-me uma interrupção. Compreendo a sua posição. O senhor é um hóspede no Brasil que nos honra muito, embora eu seja daqueles que consideram o português igual ao brasileiro. Somos, realmente, cidadãos de dupla nacionalidade. Por isso, ao senhor eu considero um brasileiro como todos nós.

Marcelo Caetano — Muito obrigado, isso muito me honra.

Cotrim Netto — Mas o senhor, como antigo político, fica, naturalmente, com cerimônia de criticar essa Emenda Constitucional nº 7. Eu acho que o que dela resultou não inovou nada porque o que ela prevê no art. nº 203, esses contenciosos que decidirão sem formar coisa julgada, nós já os tínhamos, eram os Conselhos de Contribuintes, e *n* outros que pululam nc Brasil.

Presidente — Mas a referência ao contencioso cria uma situação nova.

Cotrim Netto — Porque leva a questão ao Tribunal Superior diretamente.

Presidente — O problema é mais difícil.

Cotrim Netto — Aliás, nós já tínhamos um precedente no Brasil, que não chegou a ser discutido porque era gritantemente inconstitucional. A lei vigente para a organização do Tribunal Marítimo prevê recurso extraordinário ao Supremo das suas decisões. Isso é violentamente inconstitucional. Na prática nunca se ousou tentar isso. Mas, de certo modo, então, é o que já temos. O que se inovou foi dar força constitucional àquele

preceito que já estivera na lei de mandado de segurança, no sentido de que só caberia mandado de segurança quando exaustas as instâncias recursais administrativas.

Mas para mim, mais importante mesmo do que se criarem novos órgãos desses chamados contenciosos, é o que, há mais de trinta anos, se não me engano, o Ministro Themistocles Cavalcanti tem preconizado: organizar-se uma legislação para o processo administrativo. É disso que temos extrema carência no Brasil, porque não há processo, a não ser na área fiscal, onde um pálido decreto regula o processo administrativo fiscal. Disso é que nós sentimos falta. Mesmo num processo quase *jurisdicional* — a expressão aí é de Pontes de Miranda — como é o inquérito administrativo para aplicação de sanções disciplinares a funcionários, o sistema legal é muito parco de disposições para a sua disciplinação, e para regular a ação das Comissões de Inquérito Administrativo. Entretanto, elas funcionam razoavelmente bem, sobretudo aqui no Rio de Janeiro em que são muito bem organizadas, bem integradas. O jurisdicionado, digamos assim, nessas comissões de inquérito, tem amplas oportunidades de defesa. Mas as comissões sentem a carência de uma lei processual administrativa.

Marcelo Caetano — Eu estava para concluir as minhas considerações. É claro que o processo é muito importante, mas é apenas uma regulamentação das relações entre os interessados e o órgão que há de decidir. De modo que estabelecer primeiro que é que vai decidir, quem tem competência para decidir as questões, se o Tribunal Administrativo, formado segundo o sistema anglo-saxão, ou um órgão judiciário, parece-me, realmente, que é uma questão prévia, e depois ter-se-á que orientar o processo. Na Europa, até mesmo em Portugal, tivemos bem discriminado o procedimento gracioso de que o processo disciplinar faz parte do procedimento contencioso perante os tribunais.

Cotrim Netto — Não é bem gracioso. Ele é meio contraditório.

Marcelo Caetano — Não. É que uma das dificuldades justamente do diálogo entre os juristas europeus e americanos está nisto: é que nós chamamos de procedimento gracioso a tudo que precede o recurso contencioso. De maneira que o fato de haver discussão entre dois interessados, o interessado e a administração, não origina necessariamente o litígio contencioso, pois não se verifica o que se pressupõe na apreciação contenciosa, ou seja, uma discussão perante juízes imparciais. Enquanto a discussão é entre o particular e a administração, entre as duas partes, uma com a outra, digamos assim, não há contencioso. Para nós, a questão é assim.

Assim, o funcionário cometeu uma infração disciplinar. A administração quer puni-lo e ele se defende. A administração o inquire e ele se defende, estando ainda no nível gracioso, até o momento em que a administração aplica a sanção e ele recorre ao tribunal. Nesta altura, entra o contencioso. Porque aí passa a haver um juiz, um órgão independente e imparcial, que ouve as duas partes, para depois proferir decisão com força de coisa julgada.

De modo que temos esta estrutura, que é diferente daquilo que está em vias de ser adotado no Brasil. Por isso é que eu dizia que o sentido que aqui se dá à expressão contencioso administrativo é uma coisa totalmente diferente daquilo que conhecemos na Europa com a mesma denominação.

Sérgio Ferraz — Inicialmente, a crítica fundamental que se fez à própria formulação redacional da Emenda nº 7 é gritantemente procedente.

O Ministro Themistocles Cavalcanti, logo de início, afirmou: criar "contenciosos administrativos", como se isto fosse palavra pluralizável. Começou aí a imprecisão, já por alguns comentada. Mas deixemos essa imprecisão de lado.

A importação ou introdução de um modelo jurídico só tem razão de ser quando ele se revela útil. Esse contencioso administrativo, previsto no art. 203, e anteriormente no art. 111, trouxe algo realmente gratificante na estrutura da composição dos litígios ou não? Não. Não trouxe, na medida em que realmente a criação desse contencioso não foi útil por desatender à preocupação de presteza na prestação da Justiça. Evidentemente, não foi, na medida em que, quer no art. 111, quer no art. 203, que se remete ao art. 153, faz-se remissão à possibilidade de dedução do litígio perante o Poder Judiciário. Então, não houve realmente qualquer vantagem em termos de prestação jurisdicional mais simples ou mais rápida.

Indagar-se-ia — e isto foi o Ministro Themistocles Cavalcanti quem lembrou — se o modelo das *comissions,* que aparentemente é o que estamos seguindo, não traria já uma limpeza de área, expressão esta usada pelo Ministro Themistocles Cavalcanti.

Lembro que, além dessa crítica, há uma outra em relação à proliferação quase cancerosa dessas *comissions,* que hoje chegam a centenas nos Estados Unidos e também na Inglaterra; já se critica também a própria forma de produção de prova dentro das *comissions.*

Ela é uma produção viciosa. O administrador, realmente, circunscreve muito a liberdade do administrado, na formulação da prova das suas deduções. Então, também por aí, essa limpeza de área se apresenta, efetivamente, muitas vezes, viciosa.

Assim, já me coloco numa posição que é inteiramente coerente com a dos senhores. Sou, em princípio, contrário à existência de uma justiça administrativa, tal como a lançada no modelo francês, que só deu certo na França, como também sou contrário ao modelo das *comissions,* porque realmente o que se faz é apenas criar mais um obstáculo à aplicação da justiça perante a administração. Sou inteiramente a favor, portanto, do modelo da especialização do Poder Judiciário. E esta me parece realmente a grande tônica.

Sobre a última pergunta — "Quais as emendas e sugestões que eu proporia?" — proponho uma emenda que revogue a Emenda Constitucional nº 7, que criou os contenciosos tais como aqui estão. Eles me parecem assim absolutamente inúteis e, mais ainda do que isso, criam, a meu ver, três perigos extraordinários em termos de denegação da justiça.

Em primeiro lugar, quando condiciona em um prazo de 180 dias — previsto inclusive agora na nova redação do § 4º do art. 153 — o recurso ao Poder Judiciário ao exaurimento da instância administrativa.

A meu ver, há direitos subjetivos que não comportam esse tempo de expectativa, de espera. Cento e oitenta dias para certas categorias de direito constituem uma iniqüidade, uma barbaridade; é de todo impossível se admitir, que esse termo particular possa inibir alguém de ir à Justiça quando está vendo seu direito subjetivo perecer, vez que na instância administrativa não é proposta decisão, estando o desaparecimento do próprio direito à vista.

Cotrim Netto — Se me permite, vou dar um exemplo que estou vivendo na Zona Franca de Manaus, onde tenho várias questões atualmente. O Governo instituiu uma cota de incentivos fiscais, uma cota ânua, que a autarquia administradora da Zona tem delegação para distribuir. Contra atos dessa entidade fui à Justiça. Ganhei até mandado de segurança na Justiça federal, e há recursos para o Tribunal Federal de Recursos, em Brasília, que está semiparalisado pela pletora de processos os quais engurgitam esta importante peça do Judiciário. Não obstante, eu entrei em tempo na justiça, com essas postulações. Mas se eu tivesse que esperar seis meses, então aí é que tudo seria muito pior.

Sérgio Ferraz — Mas esse contencioso como está é mais ou menos aquela crítica de Pontes de Miranda: "justiça tardia é injustiça". Na realidade, o que se fez foi antepor mais um obstáculo a quem vai procurar compor a injustiça.

Em segundo lugar, o defeito grave que está lançado no art. 204 construiu um monstruoso absurdo. Colhe-se a prova segundo critérios ditados pela própria administração, critérios esses — permita-me aqui sair um pouco da teoria para entrar na conjuntura — que não podem ser aferidos, senão dentro do nosso contexto cultural. O ato da administração pública no Brasil é, na realidade, marcado por uma série de vícios, de defeitos, de imposições a respeito das atitudes que não são de molde a tranqüilizar quanto à aplicação do art. 204. Em geral, a prova colhida na decisão administrativa é, de certa forma, conduzida, ressalvadas as hipóteses excepcionais, segundo critérios altamente desfavoráves ao administrado.

Esse recurso direto, com prova já colhida na instância administrativa, parece-me de todo mais um perigo de delegação de justiça.

Em terceiro lugar, tenho ainda uma observação final, com relação ao art. 205, e, aí sim, temos um contencioso administrativo, que me parece do mais alto risco, da mais alta periculosidade: "Art. 205. As questões entre a União, os Estados, o Distrito Federal, os Municípios e respectivas autarquias, empresas públicas e sociedades de economia mista, ou entre umas e outras, serão decididas pela autoridade administrativa, na forma da lei, ressalvado ao acionista procedimento anulatório dessa decisão."

Vou figurar um exemplo, utilizando agora a técnica do Prof. Cotrim Netto. Imaginemos uma sociedade de economia mista federal, que *por lei* tenha recebido isenção tributária e, não obstante, vem o fisco e re-

solve autuá-la, aplicando-lhe um imposto que não seria devido em razão de lei. Está lançado o contencioso administrativo que, diante da forma do art. 205, será decidido dentro da própria administração. Se, eventualmente, o ministro da Fazenda ou até o presidente da República, se for este o caminho recursal — estou dizendo isto porque já vi anteprojeto nesse sentido — mas suponhamos que o presidente da República, numa decisão última, resolva admitir que existe a incidência do tributo na hipótese, neste caso, por *ato administrativo* ele estará negando vigência a uma lei, que é ato de outro poder independente, o Poder Legislativo.

Vejam o perigo de derrogação, de afastamento de manifestação de um poder soberano, por manifestação de outro poder independente, interpretando, inadequada e erroneamente, um preceito de lei.

Por esse art. 205 o apelo à Justiça só pode ser feito pelo acionista em procedimento anulatório. Parece-me que aí há mais um grave risco na fórmula que se palmilhou.

Cotrim Netto — Realmente. Este art. 205 é um artigo de contencioso.

Sérgio Ferraz — Este é tipicamente porque não há referência ao art. 153. A única ressalva que se faz é esta: acionista, procedimento anulatório. E se o acionista em geral é representado pelo próprio majoritário, pela própria União, não haverá esse procedimento. O minoritário poderá atuar, mas tão-somente dentro do problema da anulação.

Então, reporto-me à indagação nº 21: "Quais as emendas e sugestões que propõe?" Se me fora lícito proporia uma solução radical, ou seja, a revogação da Emenda nº 7, com tudo o que ela trouxe. Tomara que o Dr. Cotrim esteja com a razão ao afirmar que, possivelmente, o que aqui está não será implementado.

Francisco Mauro Dias — É informação ou suposição?

Cotrim Netto — Os jornais não estão cheios disso? Estão dando isso em manchetes, não?

Presidente — Para quem acredita em jornais está bem.

Sérgio Ferraz — Se for verdade que esse contencioso não será implementado, pois bem, limitar-me-ei a dizer: vamos propor uma emenda que revogue pelo menos esta solução que se obteve.

Entretanto, se isso for muito mais um risco do que na realidade uma verdade, creio que este roteiro que o Prof. Themistocles propôs é da mais alta importância e deverá ser examinado com todo o cuidado, com todo o carinho; possivelmente teremos que nos recolher aos nossos gabinetes, fazer propostas. Porque, realmente, se vai haver contencioso e se a sua informação não se efetivar, teremos que estudar isso. Se tal for verdade, se realmente não vai prosperar a lei, muito bem, vamos nos ater a uma posição de princípios: unidade de jurisdição, que é o meu sistema preferido, revogação da Emenda nº 7, com especialização da Justiça, conforme lembrou muito bem o Prof. Marcelo Caetano.

Se não é este o modelo, se nós vamos ter que implantar os contenciosos — como inadequadamente diz o art. 203 —, então vamos ter que

estudar minuciosamente este roteiro proposto pelo Prof. Themistocles e que terá que ser objeto de detida reflexão de nossa parte para procurar minimizar os males que a Emenda nº 7 poderá acarretar.

Francisco Mauro Dias — Se o propósito do Prof. Sérgio Ferraz é minimizar os males da Emenda nº 7, parte do princípio de que contrariamente à "informação" do Prof. Cotrim Netto, a emenda será implementada e estamos, pois, a braços com o problema de contenciosos administrativos previstos constitucionalmente, tendo de desenvolver considerações — à base talvez do roteiro que nos foi apresentado — para oferecer uma contribuição, a fim de que da implementação dessas disposições constitucionais resulte a maior vantagem e o menor prejuízo para o funcionamento desta *soi-disant* Justiça administrativa. Os Profs. Cotrim Netto, Marcelo Caetano e Sérgio Ferraz estão todos de acordo em que a solução ideal seria a especialização da Justiça. Esta é a conclusão, por exemplo, já defendida há bastante tempo pelo Prof. Diogo de Figueireido Moreira Neto.

Lembro que, já em 72, em concurso para livre docência de direito administrativo, o Prof. Diogo de Figueiredo Moreira Neto defendia exatamente a especialização dos tribunais, a especialização da Justiça, com vistas à criação da Justiça administrativa no seio do Poder Judiciário. E volta novamente, numa monografia que lançou pouco depois da Emenda Constitucional nº 7, "Contencioso administrativo", a defender o mesmo ponto de vista, ou seja a especialização total do contencioso administrativo material em órgão do Poder Judiciário.

De certa forma, nós já vimos uma cabeça-de-ponte para essa especialização lançada no contexto da própria Emenda Constitucional nº 7, quando no seu art. 121, § 2º, referenciado ao Tribunal Federal de Recursos, prevê que a Lei Orgânica da Magistratura Nacional disporá sobre a divisão do tribunal, podendo estabelecer a especialização de suas turmas. Vale dizer: poderia ser constituída, já agora, no seio do Tribunal Federal de Recursos, uma turma especializada para as causas que adviessem, digamos assim, desses contenciosos administrativos. O caminho da especialização está aberto. Isto sem dúvida, parece-me indiscutível a esta altura.

O que pretendeu, talvez, o constituinte foi exatamente importar, em parte, o modelo anglo-saxônico. Criar tribunais administrativos e, quanto ao medo de proliferação, não creio que possa ser tão grande, porque há *numerus clausus* na Constituição: poderão ser criados contenciosos administrativos para *questões de pessoal, questões fiscais, questões previdênciárias* e *acidentárias*.

Sérgio Ferraz — Para os estados, municípios e Federação. Só aí já temos centenas.

Francisco Mauro Dias — Mas a previsão por enquanto é de federais e estaduais, não? Já aí há uma limitação. Talvez pudéssemos contribuir com um estudo de como viabilizar isso com um mínimo de prejuízo. Quer dizer, a proliferação é alguma coisa que deve ser evitada a qualquer preço. Isso, sem dúvida. Mas, numa tentativa que me parece inspiradora, do constituinte da Emenda nº 7, há uma proposta de concilia-

ção, talvez do modelo anglo-saxônico com o modelo tradicional do contencioso francês. Apenas esses contenciosos administrativos corresponderiam àquela fase inicial de procedimento gracioso que antecederia, como antecede na França, como atencede nos Estados Unidos ou na Inglaterra, o ingresso no verdadeiro contencioso, que seria já, de acordo com a previsão da emenda constitucional, a segunda instância do Poder Judiciário entre nós. Talvez para conciliação se pudesse cogitar, a exemplo da França em matéria de pessoal, das Comissões Paritárias Administrativas, das Comissões Técnicas Paritárias, do Conselho Superior da Função Pública, que apreciam , que informam, que preparam aquele processo que, segue depois, para o verdadeiro contencioso administrativo.

Parece-me também que, ao falar em órgãos colegiados para a corporificação desse contencioso administrativo não se dissocia o constituinte daquilo que é o ensaio que já possuímos, embora não com essa perspectiva de um recurso direto ao Poder Judiciário.

Presidente — Na Constituinte da Guanabara apresentei aquele projeto que é um míni, que era lícito fazer sob o regime então vigente.

Sérgio Ferraz — Com excelentes resultados.

Francisco Mauro Dias — Apresentei ao Prof. Marcelo Caetano, durante o período em que tive a honra de ser aluno de seu Seminário Internacional de Direito Administrativo, em Lisboa, um pequeno trabalho que intitulei pretensiosamente de "Um exemplo *sui generis* de contencioso no Brasil", calcado exatamente na criação para dirimir controvérsias — era a expressão da Constituição do Estado da Guanabara — entre os servidores e a administração, de instâncias administrativas. Essa instância administrativo foi o Conselho de Recursos Administrativos, que presidi durante muito tempo. A rigor, órgãos colegiados como os previstos para os contenciosos administrativos, no texto da Emenda, seriam conselhos a esse molde.

Em razão dessa circunstância, tendo uma preocupação muito grande em que, a se viabilizar isto que aqui está previsto, não se partisse do nada, querendo-se inovar, querendo-se criar coisas inteiramente de imaginação, apresentei, também, no Congresso de Procuradores do Estado, recentemente, um pequeno trabalho. Nele reproduzi, praticamente, o que havia oferecido no Seminário Internacional da Universidade de Lisboa, mas com duas conclusões: a de que, ao se criarem contenciosos administrativos, era indispensável que se cogitassem de aproveitar a experiência anterior que já possuíamos, com a vivência desses colegiados que incipientemente tendiam a jurisdicionalizar o recurso gracioso, na esfera da própria administração. Em segundo lugar — mas isso dependeria de decidir a questão prévia, como propôs o Prof. Marcelo Caetano — era indispensável que cogitássemos seriamente, de acordo também com o que propõe o Ministro Themistocles Cavalcanti há mais de 40 anos, de uniformizar as normas do processo administrativo. Porque, se esses contenciosos são federal e estaduais para uma mesma finalidade e para um recurso aos tribunais, que é orientado por um processo civil único, não faz sentido

que, embora tenham os estados a autonomia de legislar sobre os seus processos administrativos, se descompassassem todos, cada qual a inventar um rumo diferente do outro ou diferente da União.

Cotrim Netto — Se me permite, no anteprojeto do contencioso para o Ministério da Fazenda, invoca-se ou recomenda-se aplicação subsidiária, precisamente, do processo judiciário civil.

Francisco Mauro Dias — Mas isso é norma vigente, inclusive entre nós. No Estado do Rio de Janeiro, temos um decreto, proveniente da antiga Guanabara, estritamente igual.

Cotrim Netto — Mas o processo civil é muito minucioso. Eu estou de acordo com a observação que aqui foi feita da necessidade urgente de uma processualística particular que seja menos complicada que a processualística civil.

Marcelo Caetano — Se me permitem, gostaria de tirar uma dúvida. Já não é a primeira vez que ouço essa objeção de que os estados vão fazer a regulamento do processo administrativo cada um à sua maneira. Mas no conhecidíssimo art. 8º da Constituição da União diz que "é da competência exclusiva da União legislar sobre direito civil, comercial, penal, processual etc.". Não diz que é processual civil, comercial; é processual em geral. Pergunto: o processo administrativo contencioso estará excluído dessa norma?

Cotrim Netto — Tenho a impressão de que como cabe aos estados deliberar sobre matéria administrativa, resolver, legislar, a processualística administrativa é complementar. E na Guanabara antiga, por iniciativa do nosso Mauro Dias, nós chegamos a ter, não digo um pequeno código, mas normas de processo administrativo.

Francisco Mauro Dias — Eu fiz parte de um grupo...

Cotrim Netto — José Carlos Barbosa Moreira, Mauro Dias e Sérgio Ferraz.

Francisco Mauro Dias — Houve, na Procuradoria Geral do Estado, um grupo que elaborou um projeto básico; pediu sugestões, como seria normal, e contribuímos, pela Secretaria de Administração, com algumas sugestões. Mas, na verdade, a paternidade é da Procuradoria.

Marcelo Caetano — Mas eu frisei, justamente, processo administrativo contencioso. Cá estamos nós no mesmo problema. Na Europa, realmente, há a parte graciosa, e a esse respeito há uma pluralidade de competências para regulamentar a parte contenciosa, que é diferente. Por outro lado, embora a Constituição não se refira à competência supletiva dos estados em matéria processual, parece que, tratando-se de matéria que não tinha tradições no direito brasileiro, como era o processo administrativo contencioso, do contencioso administrativo mesmo entendido à maneira brasileira, que os estados resolvessem regulamentar aquilo que era omisso na legislação federal, não poderia ser impugnado. Se amanhã for criado o contencioso por lei federal com o seu procedimento, eu pergunto se real-

mente continuará a haver competência dos estados para regular o processo administrativo contencioso. Já não digo por uma questão de regulamentação das relações dos administrados com serviços para o giro normal da administração, digo para a discussão contenciosa, complemento processual. Aí é que podemos até fazer fincapé na distinção entre procedimento e processo.

Presidente — Vai depender muito da legislação. Se a lei federal que criar o contencioso só se referir a federal, os estados têm competência para organizar seu contencioso. Já viu o projeto?

Sérgio Ferraz — Não. Só conheço o projeto relativo ao art. 205.

Francisco Mauro Dias — Eu tive muita cautela ao expender minha opinião. Preservando, digamos assim, a autonomia dos estados para editarem a legislação em matéria administrativa, portanto de regulamentação do seu processo administraivo, e partindo do pressuposto de que esses contenciosos administrativos não cuidarão efetivamente de um contencioso administrativo — este só se verificará quando, do seu resultado, se galgar a esfera do Judiciário —, essa será uma fase graciosa de jurisdição. E, assim sendo, a competência dos estados estaria preservada.

Marcelo Caetano — A leitura do jurisprudência do Supremo Tribunal Federal — aliás, o comentário do Prof. Sérgio Ferraz na *Revista da Procuradoria Geral* frisava esse aspecto do rigor do Supremo Tribunal Federal relativamente às Constituições estaduais — cada vez mais impõe o modelo federal. Conhecendo as tendências liberais do Supremo Tribunal Federal, às vezes fico chocado com o "aperto" dado aos estados. Se amanhã o Governo federal tiver o seu processo administrativo contencioso, eu não sei se realmente os Estados ficarão muito à vontade para não seguir esse modelo...

Francisco Mauro Dias — Possivelmente, se lei vier a ser editada pela União, vai ser com esse caráter, com essa tendência de unformização. Eu apenas recomendava cautela, na conclusão do meu trabalho, quer dizer, os estados não deveriam açodar-se. Deveriam aguardar, verificar que caminho eventualmente tomaria a União Federal na instalação do seu contencioso administrativo. Afinal de contas, estamos numa federação e vamos seguir, tanto quanto possível, atendidas as peculiaridades que couberem, o modelo federal nesse processo administrativo que sobreviver, ainda que de maneira não impositiva.

Presidente — E a tendência foi procurar unificar aos poucos.

Francisco Mauro Dias — O que ocorre é o seguinte: matéria tributária e matéria de funcionalismo, onde estão inseridos os dispositivos pelos quais, eventualmente, os estados poderão ou não criar o contencioso administrativo — e isto é questão também muito discutida. Cada um tem suas características. Para questões de pessoal, há uma afirmação veemente, muito incisiva, do ministro da Justiça, na Exposição de Motivos encaminhada ao presidente da República, dizendo que tal é o objeto da previsão contida na Emenda Constitucional. Mas há quem entenda que o conten-

cioso do art. 111 não se possa aplicar aos estados, embora recentemente, Luiz Rafael Correia Meier, Consultor-Geral da República, em conferência a propósito, na abertura de um congresso de direito administrativo da Petrobrás, tenha manifestado o seu pensamento de que dúvidas não podem existir no sentido de que estando o art. 111 num capítulo que é imponível aos estados, por força do art. 13, inciso V da Constituição, também esse contencioso está aberto para os estados.

De sorte que há, ainda, algumas preliminares a serem vencidas.

Marcelo Caetano — Eu reparei que na sua tese para o congresso de procuradores há uma informação muito importante: é que não tem havido, praticamente, recursos para o Poder Judiciário das decisões do conselho.

Francisco Mauro Dias — Isto é significativo. O Prof. Oto Gil, por exemplo, apontou tal circunstância como crítica. Raramente o contribuinte ganha no Conselho de Contribuintes, mas raramente também ele consegue inverter no Judiciário, ou subverter a decisão. Ele, em regra, não vai ao Judiciário, como acontece em relação às decisões do Conselho de Recursos Administrativos dos Servidores do Estado. As decisões, embora apreciadas no âmbito estrito da administração, são tomadas com responsabilidade, com competência, pelo Conselho de Recursos Arministrativos dos Servidores do Estado. Temos dois procuradores do estado, de indicação da Procuradoria Geral, na composição desse órgão. Suas decisões são elaboradas, são decisões cuidadas e, por isto mesmo, raramente ficam animados os servidores que recorrem ao Conselho para, depois, irem ao Poder Judiciário.

Presidente — O Instituto, em outra oportunidade aqui, sugeriu que houvesse recurso dessas decisões do contencioso para o Tribunal Federal de Recursos.

Cotrim Netto — Pela Constituição, será dos contenciosos dos estados?

Presidente — Dos estaduais não pode ser. Tem que ser do federal.

Francisco Mauro Dias — Isso é problemático, porque a Constituição, no art. 204, diz que "a lei poderá permitir que a parte vencida na instância administrativa (arts. 111 e 203)..." e se reporta, portanto, a que poderão ser criados contenciosos administrativos federais e estaduais — "... requeira diretamente ao tribunal competente a revisão da decisão nela proferida". Não fala em juiz competente. É recurso para o Tribunal de Justiça do Estado, recurso direto.

O Prof. Marcelo Caetano deve recordar-se que, no Paraná, no I Congresso Brasileiro de Direito Administrativo, analisou também o assunto, dissertando sobre contencioso administrativo e o emprego da terminalogia recurso, para caracterizar a ida ao Judiciário, em recurso de um órgão de instância administrativa, recurso direto ao tribunal. Entendo que talvez fosse um sentido vulgar atribuído a recurso. E a exemplo daquilo que ocorria no direito alemão, espanhol etc., daquela fase de reposição; a reclamação administrativa a que reportou agora o nosso diálogo, da decisão proferida cabe uma reclamação, e essa reclamação é o recurso de reposição perante a própria autoridade administrativa. O processo ad-

ministrativo é assim formado, depois a decisão proferida em reposição vai encaminhada ao processo que já está preparado ao contencioso administrativo. Ele não encaminha a prova. A prova ali se contém. Ele vai proferir uma questão de direito, examinando o aspecto sobretudo da legalidade e para mim é alguma coisa de muito parecido. Sinto como se fosse assim o que está imaginando nessas disposições da Emenda Constitucional.

Tenho ainda uma observação. É realmente muito chocante, mas a procuradora de São Paulo, professora ilustre, a Dra. Ada Grinover, já havia enfocado este ponto, o afastamento previsto no mandado de segurança até que houvesse exaustão da instância administrativa. Na França, por exemplo, é assim. O prazo de 180 dias que está previsto para a exaustão da instância administrativa, entre nós, corresponde exatamente ao que se verifica na França. Há 120 dias para recurso, normalmente. Mas quando a administração não profere a decisão no prazo de 120 dias, a contar dos quatro meses de silêncio, corre o prazo de mais dois meses, que perfazem 180 dias para uma reclamação no âmbito da administração. Vencido este, há ingresso direto no Judiciário.

Marcelo Caetano — A solução portuguesa, como sabem, era diferente. Na primeira instância, havia prazo de 90 dias para recorrer da decisão de autoridade administrativa. Dentro desses 90 dias, se o interessado quisesse, poderia tentar uma solução ainda por via graciosa. Se fosse bem sucedido, o cidadão não recorria, mas se ele não obtivesse essa satisfação por via graciosa, no prazo de 90 dias ele entrava com recurso em juízo. E para os atos do Governo, o prazo era de 30 dias.

Sérgio Ferraz — Mas temos que vem bem isso, porque, em primeiro lugar, na hora de importarmos um modelo não vamos importar um mau modelo, como é este da Constituição francesa. Vamos pelo menos fazer uma importação seletiva. Em segundo lugar, o funcionalismo francês tem toda uma história completamente diferente da nossa. É um corpo estável, altamente técnico, formado em escolas de grande gabarito, como a Escola Nacional de Administração. Então, por tudo isto, o modelo não é bom para nós.

Francisco Mauro Dias — Por último, quanto ao art. 205, o Consultor-Geral da República, nessa conferência a que me reportei, chama de verdadeiro contencioso administrativo interadministrativo o nele previsto. Considera que nos litígios entre esses órgãos da administração são interadministrativos e não administrativos.

Sérgio Ferraz — Isso não tem sentido; é uma tolice.

Francisco Mauro Dias — Mas, de certo modo, talvez tenha ido além do que se devesse pretender alcançar validamente. Porque, em disputas no âmbito interno da administração, não faria muito sentido que extrapolassem as questões entre órgãos subordinados e órgãos, em função de supervisão, para o Poder Judiciário.

Sérgio Ferraz — Isto não me assusta, não. O problema da independência das personalidades, a meu ver, justificaria este entendimento. Nunca me foi criado, realmente, este impasse.

Marcelo Caetano — Aqui, no art. 205, não está claro qual é a autoridade administrativa.

"As questões entre a União, os Estados, o Distrito Federal, os Municípios e respectivas autarquias, empresas públicas e sociedades de economia mista. . ."

Primeira hipótese: uma autarquia da União, em questão com a União ou uma empresa pública do Estado com o respectivo Estado. Diz: "serão decididas pela autoridade administrativa"; não diz qual. Qual a autoridade administrativa?

Francisco Mauro Dias — Mas esta é que é a informação do Prof. Sérgio Ferraz. Será, possivelmente, o ministro da Fazenda ou o presidente da República?

Sérgio Ferraz — Será o ministro da Fazenda em questões tributárias. Para cada matéria haverá um ministro competente. Nas questões com o Estado, a competência será do governador do Estado.

Cotrim Netto — Então as matérias estarão sempre vinculadas a um determinado ministro.

Marcelo Caetano — Mas competente em razão da matéria ou da vinculação dos órgãos de administração indireta aos municípios?

Francisco Mauro Dias — Em razão, parece-me, da vinculação, quer dizer, da área de competência em que está situada a matéria, não é?

Cotrim Netto — Se me permite interromper, nem sempre a vinculação é em razão de matéria. Eu fui procurador de uma autarquia federal industrial, a Companhia Costeira, e uma ocasião nós tivemos uma questão com o Ministério da Fazenda sobre cobrança de impostos. Eu sustentava a imunidade tributária da Costeira e patrocinei uma questão da Costeira contra a União e ganhei-a no Tribunal de Recursos. Quer dizer, a matéria era fiscal, embora a Costeira estivesse vinculada, na época, ao Ministério da Viação.

Presidente — Eu, quando procurador, tive ações da Caixa Econômica contra a União.

Marcelo Caetano — E diz depois: "ressalvado ao acionista procedimento anulatório dessa decisão". Quer dizer, pode instaurar ação sem ser administrativa.

Sérgio Ferraz — Sim. Lembro ainda, Prof. Caetano, que esta ressalva, tal como foi posta no artigo, cria um outro problema que está me ocorrendo agora. Tais litígios serão decididos "pela autoridade administrativa, na forma da lei". Esta é a primeira conotação. A única ressalva que se abre é esta: "o acionista terá procedimento anulatório da matéria".

Cotrim Netto — Só nas sociedades de economia mista, porque nas demais está resolvido.

Sérgio Ferraz — Vamos ver essa hipótese da sociedade de economia mista. Pois bem, tendo sido aberta a ressalva tão apenas para o procedimento anulatório do acionista, estará afastada, nessas hipóteses, a ação popular? Parece-me que não.

Presidente — Não, de maneira nenhuma.

Sérgio Ferraz — Entretanto, da literalidade do art. 205 talvez se chegue a esta conclusão. Os meus receios no tocante ao art. 205 são sob o aspecto de coisa julgada.

Marcelo Caetano — Então me parece que se houvesse o efeito de coisa julgada acabaria o procedimento.

Cotrim Netto — De fato, o procedimento anulatório só por parte de acionista de sociedade de economia mista.

Marcelo Caetano — Estamos numa situação em que se debatem problemas da orientação da empresa e portanto se parte do princípio de que é ao dono da empresa que sobretudo toca tomar a decisão final. Se o dono da empresa é a União ou o Estado, ou o Distrito Federal, seus órgãos ao decidirem como acionistas únicos ou predominantes, realmente parece que disseram tudo que havia a dizer, salvo o recurso ao Judiciário. A ação popular parece-me que está em qualquer hipótese ressalvada, porque é um caso particularíssimo.

Sérgio Ferraz — Eu diria que é uma salvaguarda.

Marcelo Caetano — E o patrimônio público em causa é um caso à parte, específico.

Sérgio Ferraz — Confesso, professor, que a minha vontade é acreditar que assim seja. Entretanto, a decisão administrativa, neste caso, tem força de coisa julgada.

Cotrim Netto — Com todo o respeito, eu estou com o Prof. Sérgio Ferraz. Não caberá uma ação popular para resolver uma coisa julgada.

Marcelo Caetano — Eu não aceito que uma autoridade administrativa, resolvendo um problema de administração, como é certamente esta questão entre a União e uma sociedade, possa produzir coisa julgada. Coisa julgada tem que vir de um juiz. Uma decisão administrativa pode ser definitiva, mas não é coisa julgada.

Presidente — Não. Pode ser definitiva, mas não é coisa julgada.

Sérgio Ferraz — Este é o problema, professor. Disso é que eu tenho medo.

Cotrim Netto — É uma coisa julgada em termos.

Marcelo Caetano — Funciona como se fosse, mas não é coisa julgada.

Cotrim Netto — Mas esta, com a devida vênia dos senhores ministros, eu acho que é coisa julgada.

Marcelo Caetano — Parece com, mas coisa julgada não é.

Presidente — Não é.

Marcelo Caetano — Na empresa pública o problema é diferente. Numa questão entre a União e uma empresa pública da própria União, há uma divergência de pontos de vista entre o criador e a criatura e o criador manifesta-se, diz: olha, isto tem que ser assim, esta questão cessa porque

eu sou o predominante, sou o dono, o patrão; tem que ser por este caminho. Na sociedade de economia mista há uma divergência entre acionistas, o minoritário e o majoritário.

Cotrim Netto — Se me permite, é preciso ver como será feita a lei.

Marcelo Caetano — Peço para terminar meu raciocínio. Esta é uma questão diferente da que por hipótese seria debatida na ação popular, e para haver coisa julgada era preciso que houvesse identidade entre os dois pleitos, o do acionista particular com os acionistas públicos e o do cidadão contra a empresa, ou melhor, as três identidades de que falavam os clássicos: a identidade dos litigantes, a do objeto ou causa de pedir, e a do direito aplicável.

Presidente — E que houvesse um juiz.

Marcelo Caetano — E era preciso que depois, na ação popular, houvesse os mesmos sujeitos nas mesmas qualidades, entenda-se, não há; a mesma causa de pedir e não há; e o mesmo direito aplicável, que também não há. Porque na ação popular o cidadão vai reivindicar qualquer coisa em que o patrimônio público está sendo lesado, enquanto que no pleito previsto na Constituição é o acionista que vai discutir os seus direitos na empresa.

Presidente — A decisão é mais ampla.

Marcelo Caetano — A questão que surgiu entre a União e a empresa pública, por exemplo, para sairmos da sociedade de economia mista, em geral não é fundada em lesão do patrimônio público, mas de divergência com a supervisão quanto ao critério de gestão. Ao passo que a ação popular visa à anulação de um ato concreto que a qualquer cidadão argúi de ser lesivo do patrimônio da União ou de outra entidade pública. De modo que o que está aqui na Constituição não impede a ação popular. O Prof. Cotrim Netto me desculpe...

Cotrim Netto — Não, não. Sua argumentação é bastante ponderada.

Sérgio Ferraz — Eu teria alguma coisa a aditar. Por exemplo, se o acionista exerce este procedimento anulatório, que é previsto no art. 205, alegando lesividade ao patrimônio público e a sua ação é julgada improcedente. Poderá ser proposta ação popular, alegando essa mesma lesividade?

Marcelo Caetano — Depende da causa de pedir.

Sérgio Ferraz — A causa será a mesma; lesividade ao patrimônio público, mas os sujeitos não são os mesmos e o Poder Judiciário terá negado procedência.

Marcelo Caetano — Então aí, sim, é caso julgado. Mas está previsto no Código de Processo Civil.

Sérgio Ferraz — Há uma preclusão.

Presidente — E os órgãos de primeira instância quais seriam? Essa é a questão mais difícil de resolver.

Cotrim Netto — Pela tradição brasileira, os órgãos de primeira instância são unipessoais.

Presidente — É possível haver uma decisão administrativa em primeira instância ou em segunda decisão jurisdicional?

Sérgio Ferraz — Pelo art. 150 é possível.

Francisco Mauro Dias — Acho que, nos moldes em que estão postas essas disposições, o procedimento deveria ser o atualmente verificado. Seria um recurso hierárquico que, em determinado momento, se jurisdicionaliza para um tribunal administrativo, que corresponderia a esses contenciosos. Da decisão proferida por esse tribunal caberia recurso direto, como está previsto aqui, para o Judiciário.

Presidente — E a composição da primeira instância?

Francisco Mauro Dias — A primeira instância seria composta pelos titulares dos órgãos que tivessem competência.

Marcelo Caetano — Pode haver duas hipóteses. A hipótese do contencioso administrativo tradicional brasileiro, em que há Conselhos de Contribuintes, e de certo não vão modificar isso porque há aí um princípio importante que é a representação dos interessados. E esta exige o colegiado. De maneira que pode haver casos em que poderá haver um órgão singular, mas de maneira geral, a tradição talvez seja de colegiado.

Cotrim Netto — O projeto do Ministério da Fazenda prevê os auditores, em primeira instância.

Marcelo Caetano — Mas esses substituiriam o Conselho de Contribuintes.

Presidente — Não, com recurso para o Conselho de Contribuintes, que não seria extinto.

Francisco Mauro Dias — Mas os Conselhos de Contribuintes seriam transformados no órgão colegiado previsto.

Marcelo Caetano — Não estou percebendo bem por que a vantagem de um juiz singular, a ser um profissional, um juiz togado.

Cotrim Netto — Isso na Justiça.

Marcelo Caetano — Mas, então, parece que a vantagem num Contencioso deste tipo que se pretende no Brasil é haver, primeiro, um colegiado, com juízes togados e não-togados, ou então só não-togados mesmo, mas com prática administrativa e sensibilidade para apreciarem a resolução tomada pelo órgão administrativo e daí, então, que haja recurso restrito à legalidade para juízes togados. Pôr-se um juiz togado a julgar em primeira instância e um órgão colegiado em que não estão juristas, a apreciar em segunda instância, não entendo. Entendo que haja em primeira instância juízes não-togados.

Presidente — A solução seria a do Conselho de Justiça Militar, que tem um juiz togado e os outros são militares.

Cotrim Netto — A Justiça do Trabalho tem sido muito criticada, por sinal, pela presença de vogais classistas que oneram sem vantagem sua estrutura.

Marcelo Caetano — É raro encontrar-se um juiz classista com a independência necessária para dar razão ao adversário. Enfim, é uma garantia eles estarem ali, sobretudo como informadores. Isso é importante por causa das especializações profissionais, como tínhamos em Portugal com as chamadas Comissões Corporativas. A Comissão Corporativa nascia do próprio contrato coletivo do trabalho, portanto era uma para cada setor profissional. Aí sim, é importante, porque, realmente, há particularidades de funcionamento de uma determinada categoria profissional que só quem está dentro da profissão é que pode compreender e explicar.

Cotrim Netto — Em tese, aqui, na Justiça do Trabalho, o que se verifica é que realmente o presidente prolata e todos apóiam.

Francisco Mauro Dias — Isso na primeira instância, porque na segunda, como disse o ministro, já se sabe como o representante classista vai votar.

Presidente — Os Conselhos de Contribuintes não são mais maus. É uma experiência boa.

Marcelo Caetano — O problema poderá ser esse. Realmente, será conveniente, nesse caso, manter os Conselhos de Contribuintes como primeira instância, com recurso para juízes togados, ou o que eu ouvi, fazendo uma inversão?

Cotrim Netto — O modelo de Conselhos de Contribuintes, porque nem todos os casos serão dessa natureza fiscal.

Marcelo Caetano — Mas como o problema foi suscitado a propósito de matéria fiscal de ser criado em primeira instância um auditor com recurso para o Conselho de Contribuintes, nós podemos examinar esse caso concreto.

Cotrim Netto — Nos outros casos de funcionários dos contenciosos, de funcionários com representação funcional, seguindo o modo do Conselho de Contribuintes. A idéia é boa, realmente. Na dificuldade em que a Emenda coloca o problema, a solução do mesmo com o estabelecimento de um colegiado em primeira instância com representação de interessados é realmente a melhor idéia. Com o recurso, então, para o Judiciário.

Presidente — Eu escrevi no livro do Oscar Tenório um comentário sobre mais ou menos o que eu defendo sobre a solução anglo-saxônica, porque eu acho o modelo europeu impraticável entre nós. Nós temos que renovar muito a nossa mentalidade.

Sérgio Ferraz — A mentalidade do serviço público em geral.

Marcelo Caetano — Do modelo europeu hoje já não se pode dizer rigorosamente o que se dizia. O tradicional modelo francês mudou muito, porque na primeira instância os velhos Conselhos de Prefeitura foram substituídos por tribunais administrativos interdepartamentais. O Conselho de Estado tem seções consultivas mais as contenciosas, mas estas como sabemos são verdadeiros tribunais, com todas as características. Depois temos o modelo alemão, como o português, em que...

Cotrim Netto — E o português não era o francês. O Supremo Tribunal Administrativo é mais do modelo alemão.

Marcelo Caetano — Ou melhor, o modelo alemão é que é mais modelo português, porque nós temos esse modelo há muitos anos. Já tínhamos tribunal administrativo de primeira instância, singular, há muitos anos; e o Supremo Tribunal Administrativo funcionando com seções e em tribunal pleno, havendo sempre duas instâncias, de vez que dos atos dos ministros e das autarquias recorria-se diretamente para a seção do contencioso administrativo do Supremo Tribunal Administrativo; e do acórdão da seção para o tribunal pleno. Havia sempre dois graus de jurisdição.

De modo que temos tribunais, juízes togados, com todas as garantias. Permitia-se, na lei, que o recrutamento dos juízes não se fizesse necessariamente na magistratura. Mas há muitos anos que não entrava no Supremo um juiz que não fosse magistrado. De modo que a própria prática tinha corrigido isso; portanto tínhamos verdadeiros tribunais administrativos, e esse é o modelo seguido pela Alemanha.

No sistema espanhol há câmaras ou "salas" administrativas dentro dos tribunais judiciais. Então, na Europa Continental, já temos três modelos, tirando a Itália e a Bélgica, que constituem um quarto modelo. Temos, portanto, quatro modelos na Europa.

Presidente — Qual é a primeira instância na Alemanha?

Cotrim Netto — É sempre um tribunal colegiado. Aqui tenho o esquema.

Na Alemanha, em primeira instância, o Tribunal Administrativo tem três membros togados e dois técnicos. Em segunda instância, o Superior Tribunal Administrativo conta também com cinco membros e a mesma composição.

Presidente — É paritária?

Cotrim Netto — Não é paritária, não. São técnicos os membros. Na terceira instância, o Tribunal Administrativo Federal funciona dividido em câmaras, a que se atribui o nome de "Senados", que são órgãos recursais. Nos tribunais alemães, é muito curioso, geralmente não funciona o plenário. O Tribunal Administrativo Federal tem 66 membros. O Tribunal de Justiça Federal, Justiça comum, tem mais de cem juízes e apresenta ainda a seguinte curiosidade: esse tribunal tem algumas das suas câmaras que não funcionam na mesma sede. A sede desse tribunal é em Karlsruhe, mas algumas de suas câmaras funcionam noutras cidades. Nunca há plenário lá. A rigor, o tribunal recursal federal é a câmara ou turna. Em determinados casos, eles fazem sessões como um senado com câmaras reunidas.

Marcelo Caetano — O que é muito importante e que não está no esquema é a reclamação prévia, antes de ir para o tribunal. Há sempre uma petição à autoridade que decidiu primeiro e que já recebe essa petição com os argumentos que impugnam a legalidade da decisão e aí já se sabe que em caso de indeferimento aquele processo segue para o tribunal administrativo.

Cotrim Netto — O grande mal, Prof. Themistocles e Prof. Caetano, é que a nossa Constituição é muito minuciosa no expor, no enunciar até a composição dos tribunais. A lei fundamental alemã, quando trata da Justiça, em nenhum caso ela dá a composição do tribunal. Ela defere sempre a decisão da matéria à legislação comum. Ela prevê a criação dos tribunais, dos quais o Tribunal Constitucional Federal é o mais alto, mas não se vincula hierarquicamente à organização judiciária.

Presidente — É como na Itália.

Cotrim Netto — Os outros tribunais superiores são tribunais federais. O que me causava estranheza na Alemanha, quando lá estive estudando sua organização judiciária, era saber como resolviam os problemas de conflito de jurisdição, que, obviamente, devem ocorrer. Esta seria uma função que caberia ao Supremo Tribunal, que resolveram não criar na Alemanha. Mas os tribunais federais criam comissões mistas, às quais incumbe resolver os conflitos entre eles ocorrentes. E por isto não sentiram necessidade de criar um Supremo.

Há na Alemanha cinco faixas de justiça, com cinco tribunais federais superiores, convém lembrar.

Presidente — É o Tribunal de Conflito.

Cotrim Netto — Se há um conflito de jurisdição entre um tribunal administrativo e um tribunal fiscal, uma comissão mista dos dois é criada para dirimir o conflito.

Agora, a Constituição alemã não explicita a composição dos órgãos da Justiça. Ela apenas refere sua instituição, cabendo à lei ordinária dar-lhes estrutura.

Marcelo Caetano — Mas a Constituição brasileira seguiu o modelo americano, com os números...

Cotrim Netto — Perdão. A americana não deu números à Suprema Corte.

Francisco Mauro Dias — O Presidente Roosevelt inclusive alterou a composição do tribunal.

Cotrim Netto — A Suprema Corte dos Estados Unidos já funcionou até com nove juízes. A Constituição não estabelece seu número.

Marcelo Caetano — Tem razão. O receio aqui é que se passe o que se passou nos Estados Unidos, que o Poder Executivo possa modificar o número de juízes conforme lhe convenha.

Presidente — Pois muito bem. Alguém tem mais alguma coisa a tratar?

Cotrim Netto — Quanto às perguntas deste questionário, sobre aquela que indaga se haveria um contencioso ou vários contenciosos, se seria uma estrutura só, parece-me que resulta das idéias expostas, que deverá haver vários órgãos a dirimir esses contenciosos, não? E não um só com setores especializados.

Marcelo Caetano — No modelo anglo-saxônico é assim.

Cotrim Netto — É. É assim; será esta a opção? Porque nós, em geral vamos pela competência judiciária, mas se prevalece o que está na

Constituição brasileira, tem que ser um órgão para cada ramo ou setor.

Cotrim Netto — Na primeira instância, porque na segunda nós todos concluímos que deve ser a Justiça.

Francisco Mauro Dias — Mas vejam só: se são órgãos colegiados os previstos para os tribunais administrativos, se já se prevê que nos tribunais haja turmas especializadas em razão da matéria, por que não se fazer, em prol da economia, dos gastos com a montagem respectiva, um contencioso administrativo único, especializado em turmas, em câmaras, em conselhos ou o que fosse?

Marcelo Caetano — De acordo com a tradição brasileira, esse contencioso seria apenas uma instância em que se tenta resolver o problema antes de ir ao Judiciário?

Francisco Mauro Dias — Sim.

Marcelo Caetano — A grande vantagem que poderia ter esta fórmula seria estar este órgão aninhado no próprio serviço e portanto tudo se passar no mesmo ambiente. Ali o processo corre, ali se debate e ali obtém ou não a decisão definitiva, porque se tem que ir para um órgão diferente de organização complexa com câmaras etc., parece que se perde uma grande vantagem.

Presidente — Um órgão só teria que ter uma autonomia maior. Se houver diversos órgãos, estarão ligados a cada Ministério. Para se criar apenas um órgão, só se for ligado ao Ministério da Justiça.

Sérgio Ferraz — Talvez seja mais independente. Perde um pouco em severidade, por não estar enquistado na própria fração administrativa onde ocorreu o litígio.

Francisco Mauro Dias — O Conselho Administrativo da Defesa Econômica não está no Ministério da Fazenda, está no Ministério da Justiça.

Cotrim Netto — Apenas para funcionamento, para operacionalidade, talvez fosse conveniente reuni-los num órgão só, ainda que vinculado ao Ministério da Justiça.

Marcelo Caetano — Apenas para complementar, aqui no art. 204, diz: "A lei poderá permitir que a parte vencida na instância administrativa requeira diretamente ao tribunal competente a revisão da decisão nela proferida."

Esta revisão tem o sentido técnico de revisão de sentença?

Presidente — É como está no projeto.

Marcelo Caetano — E também encontrei no questionário esta referência à revisão, quando se trata de qual o processo que deverá ser adotado para revisão das decisões administrativas.

Presidente — É o recurso.

Cotrim Netto — Nós não temos, com este título, o recurso de revisão.

Sérgio Ferraz — No Supremo há revisão criminal.

Cotrim Netto — No direito alemão o recurso para esses tribunais federais é ao recurso de *revision*. O recurso de *revision* tem mais ou menos, no seu

funcionamento, na sua estrutura, as características do nosso recurso extraordinário. Mas eles chamam de *revision*, nome latino.

Marcelo Caetano — É o tradicional recurso de revista do direito português.

Sérgio Ferraz — Revisão aí no questionário está como sinônimo de recurso.

Presidente — Porque o projeto fala em revisão.

Marcelo Caetano — Numa terminologia rigorosa, deve-se discriminar revisão e recurso de revista.

Presidente — Procurei encaminhar esta mesa-redonda com a intenção de obter a opinião franca dos seus participantes.

O problema do contencioso administrativo tem características próprias que foram bem analisadas sem preconceitos mas com objetivo de instalar entre nós um verdadeiro contencioso.

O que se verifica, entretanto, é uma certa dificuldade em manter um meio termo entre uma justiça administrativa e um contencioso independente, e manter uma tradição judicante e um contencioso independente.

A verdadeira solução, porém, estaria no meio-termo de, sob a égide judiciária, criar órgãos com raízes na administração.

Não me parece, entretanto, que outra tenha sido a solução desta mesa-redonda.

Agradeço, mais uma vez, a vossa preciosa colaboração.

Marcelo Caetano — Nós é que temos que agradecer o acolhimento.

Sérgio Ferraz — Para nós, é sempre um prazer.

Colaboração do Dr. J. M. Othon Sidou para a mesa-redonda sobre o contencioso administrativo

Indicação: "O mandado de segurança e o contencioso administrativo"

Desenvolvimento temático

A reforma constitucional outorgada a 14 de abril de 1977 (Emenda nº 7) leva a uma interpretação conexa de dois parágrafos do art. 153, relativo aos "Direitos e garantias individuais". O primeiro, § 4º, modificado para efeito de adscrição, e o segundo, § 21, consecratório do mandado de segurança.

À luz da melhor exegese, aliás único entendimento lógico, o último, ou seja o § 21, sobrepõe-se ao primeiro na parte aditada, e relativa ao prévio exaurimento das vias administrativas, porta aberta à implantação, em grande, do contencioso administrativo no País.

É o que iremos examinar.

A Constituição de 1946 dispôs, como garantia dos direitos coletivos, que "a lei não poderá excluir da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão de direito individual", e este princípio foi mantido na Carta vigente.

A Emenda nº 7 fez acrescentar ao dispositivo o seguinte: "O ingresso em juízo poderá ser condicionado a que se exauram previamente as vias administrativas, desde que não exigida garantia de instância nem ultrapassado o prazo de 180 dias para a decisão sobre o pedido."

Há uma dupla ordem de idéias no enunciado, exigindo desmembramento.

A primeira é de natureza potencial. A lei *poderá* estabelecer que, para o efeito, a argüida lesão seja objeto de anterior exame na área do próprio Poder causante, só depois facultando o ingresso em juízo, assim subsidiado pela decisão administrativa e propiciado com as conotações próprias a toda ação, traduzidas no direito de livre prova e culminantes na sentença revestida de coisa julgada.

Mas o preceito constitucional inovado não condiciona a apreciação prévia pela esfera administrativa a "qualquer lesão de direito individual", senão apenas àquelas lesões em face das quais ele, por exclusão, possa interferir sem conflito com outro dispositivo constitucional, subordinado ao mesmo caput e obediente à mesma ordem filosófica.

Este cânon ressai do § 21, em preceito criado em 1934 e, salvo na Carta de 1937, mantido com pequenas cambiantes de redação, que estabelece o seguinte:

"Conceder-se-á mandado de segurança para proteger direito líquido e certo não amparado por *habeas-corpus,* seja qual for a autoridade responsável pela ilegalidade ou abuso de poder."

O imperativo constitucional, também desmembrado, subordina a concessão do remédio judiciário:

a) a um direito líquido e certo;
b) a uma ilegalidade ou um abuso de poder;
c) a ato praticado por qualquer autoridade.

É consabido, por entendimento primário de hermenêutica, não poderem coexistir regras conflitantes, ou desarmônicas, num mesmo corpo legal. Uma, a dominante, deve prevalecer sobre a outra, a subordinada.

Qual a dominante dos princípios contidos no § 4º, parte nova, e § 21, do art. 153, é o que importa fixar.

O § 4º, final, exige para o exaurimento prévio nas vias administrativas:

a) a inexistência de garantia de instância;
b) a decisão dentro do prazo de 180 dias.

Nada diz sobre o direito líquido e certo, a base do mandado de segurança, ou seja, a lesão provada à vista, de plano, documentalmente, lesão que se mostra por si própria, independentemente de indagação dilatória, e em face da qual, uma vez evidenciada, todo exame em esfera prévia, mesmo sem garantia de instância, é procrastinador, resultando em continuado agravo de direito e repulsivo retardamento de justiça.

Por este aspecto, subjetivo, não há como dissentir que o princípio cristalizador do mandado de segurança sobrepõe-se ao princípio instituidor do contencioso administrativo.

Pelo aspecto formal, outro também não pode ser o entendimento, visto como, implantando o mandado de segurança, o constituinte foi taxativo; criou um instituto e deu-lhe caráter mandatário, na mesma linha do *habeas-corpus*. Com efeito, para viger, o mandado de segurança prescinde, como prescinde o *habeas-corpus,* de regras processuais, as quais, quando muito, têm o mérito de aprimorar o instituto dentro da ordem jurídica, porque não podem fugir às diretivas constitucionais. Encurtá-lo, minimizá-lo ou reduzi-lo será ferir o próprio estado de direito.

Ao contrário, o outorgante da Emenda nº 7 não criou um princípio mandatório. Expressando que "o ingresso em juízo *poderá ser condicionado*", etc., empregou cautelosamente forma potencial, facultativa, e daí, potencialmente, ou facultativamente, traçou um parâmetro que a lei ordinária não pode extrapolar.

A lei que faça dependente o ingresso em juízo do exaurimento prévio das administrativas, não pode, sem incidir em crassa inconstitucionalidade, trazer a seu campo aplicativo os casos de "proteção a direito líquido e certo", emendáveis por mandado de segurança.

A finalidade precípua do mandado de segurança é a reparação imediata do lesivo. Disto se encarrega de dizer, em evocação válida para a espécie, o art. 5º, inciso I, da Lei nº 1.533, de 1951, ao exigir que o recurso administrativo tenha efeito suspensivo, condição única em que não procede o mandado de segurança. Tendo-o, a lesão está neutralizada, o paciente não se vê privado de um direito, e razão não haverá, ainda, para o *writ*. Faltará base, portanto, para a interferência judicial. Não tendo o recurso administrativo efeito suspensivo, a lesão persiste a minar o direito individual, e lei nenhuma poderá impedir o apelo ao Poder Judiciário.

Indicação

Estas despretensiosas considerações levam-nos a indicar, como da maior conveniência, se faça expressar exclusão dos casos em que possa ser aplicado o mandado de segurança, na lei ou nas leis que vierem a ser editadas visando à estrutura do contencioso administrativo.