



UNICEUB – CENTRO UNIVERSITÁRIO DE BRASÍLIA

FACULDADE DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS

ELIZEU GROSSKOPF SCHLOTTFELDT JUNIOR

**REDUNDÂNCIA DA PRESTAÇÃO  
JURISDICIONAL EM MATÉRIA  
ADMINISTRATIVA:  
ESTUDO COMPARADO ENTRE OS  
SISTEMAS DE JURISDIÇÃO  
BRASILEIRO E FRANCÊS**

Brasília – DF

2011

ELIZEU GROSSKOPF SCHLOTTFELDT JUNIOR

**REDUNDÂNCIA DA PRESTAÇÃO  
JURISDICIONAL EM MATÉRIA  
ADMINISTRATIVA:  
ESTUDO COMPARADO ENTRE OS  
SISTEMAS DE JURISDIÇÃO  
BRASILEIRO E FRANCÊS**

Projeto de monografia de conclusão de curso apresentado como requisito parcial para obtenção de menção na disciplina Monografia III, do Curso de Direito, do Centro Universitário de Brasília – UniCeub.

Orientadora: Prof.<sup>a</sup> Christine Oliveira Peter da Silva, Mestra.

Brasília – DF

2011

ELIZEU GROSSKOPF SCHLOTTFELDT JUNIOR

**REDUNDÂNCIA DA PRESTAÇÃO JURISDICIONAL EM  
MATÉRIA ADMINISTRATIVA:  
ESTUDO COMPARADO ENTRE OS SISTEMAS DE  
JURISDIÇÃO BRASILEIRO E FRANCÊS**

Projeto de monografia de conclusão de curso apresentado como requisito parcial para obtenção de menção na disciplina Monografia III, do Curso de Direito, do Centro Universitário de Brasília – UniCeub.

Orientadora: Prof.<sup>a</sup> Christine Oliveira Peter da Silva, M. Sc.

Brasília, DF, 4 de outubro de 2011.

**Banca examinadora**

---

Prof.<sup>a</sup> Christine Oliveira Peter da Silva, Mestra.  
Orientadora

---

Prof. Eliardo Teles, Mestre.  
Examinador

---

Prof. Luís Carlos Martins Alves Junior, Doutor.  
Examinador

*A meu irmão Luiz Francisco,*

*Que, para além da saudade, deixou também um exemplo de dignidade e uma lição de vida por meio da caridade e do desprendimento.*

## AGRADECIMENTO

*Agradeço efusivamente à Professora Christine Peter pelas orientações precisas e seguras, frutos de seu entusiasmo e de sua dedicação contagiante, sem as quais não seria possível a realização dessa monografia.*

*“Há um tempo em que é preciso abandonar as roupas usadas, que já têm a forma de nosso corpo, e esquecer os nossos caminhos, que nos levam sempre aos mesmos lugares.*

*É o tempo de travessia: e, se não ousarmos fazê-la, teremos ficado, para sempre, à margem de nós mesmos.”*

*(Fernando Pessoa)*

## RESUMO

SCHLOTTFELDT JUNIOR, Elizeu Grosskopf. *Redundância da prestação jurisdicional em matéria administrativa: Estudo comparado entre os sistemas de jurisdição brasileiro e francês*. 2011. 52 f. Monografia (graduação em Direito). Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais, Centro Universitário de Brasília, Brasília, 2011.

Monografia sobre a problemática da redundância da prestação jurisdicional em matéria administrativa, a partir de estudo comparado entre os sistemas de jurisdição brasileiro e francês. O desenvolvimento do tema requereu, inicialmente, uma incursão às modernas teorias sobre Estado Constitucional, caracterizado pela supremacia da Constituição, que confere ao Poder Judiciário papel preponderante na concretização dos direitos fundamentais nela inscritos. Em seguida, o estudo comparado entre os sistemas de jurisdição brasileiro, também conhecido como de jurisdição única ou inglês, e francês, conhecido como de jurisdição mista, permitiu identificar pontos comuns, vantagens e desvantagens de cada um deles. Por fim, a análise de precedentes do STF sobre matéria administrativa possibilitou vislumbrar a redundância da prestação jurisdicional nesse tema, o que nos levou à conclusão de que nem sempre esse “retrabalho”, considerando condições peculiares de cada Estado-Nação, afigura-se prejudicial para a defesa do Estado Constitucional.

Palavras chaves: Estado Constitucional; sistemas de jurisdição; estudo comparado.

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO .....</b>	<b>9</b>
<b>1 JURISDIÇÃO NO ESTADO CONSTITUCIONAL .....</b>	<b>11</b>
1.1 Considerações iniciais .....	11
1.2 A face objetiva dos direitos fundamentais .....	14
1.3 O papel do Poder Judiciário no Estado Constitucional .....	15
1.4 Corte Constitucional brasileira dos direitos fundamentais .....	17
<b>2 SISTEMAS DE JURISDIÇÃO .....</b>	<b>18</b>
2.1 Considerações iniciais .....	18
2.2 Espécies de sistemas de jurisdição .....	21
2.2.1 Modelo inglês .....	23
2.2.2 Modelo francês .....	24
2.3 Controle estatal dos atos administrativos .....	28
<b>3 ESTUDO DE PRECEDENTES JUDICIAIS EM MATÉRIA ADMINISTRATIVA</b>	<b>37</b>
3.1 Considerações iniciais .....	37
3.2 Caso n.º 1 – MS 24.781 – Termo inicial da contagem do prazo decadencial para apreciação da legalidade de atos sujeitos a registro pelo TCU .....	37
3.3 Caso n.º 2 – MS 25.403 – Observância das garantias constitucionais da ampla defesa e do contraditório .....	39
3.4 Caso n.º 3 – MS 26.210 – Imprescritibilidade das ações de ressarcimento ...	40
3.5 Caso n.º 4 – Medida cautelar no MS 29.213 – Controle difuso de constitucionalidade pelos Tribunais de Contas .....	42
<b>CONCLUSÃO .....</b>	<b>44</b>
<b>REFERÊNCIAS .....</b>	<b>46</b>
<b>ANEXO A - MS 24781 .....</b>	<b>49</b>
<b>ANEXO B - MEDIDA CAUTELAR NO MS 29213 .....</b>	<b>50</b>

## INTRODUÇÃO

A presente monografia versa sobre a redundância da prestação jurisdicional em sede de matéria administrativa. Para tanto, propõe-se um estudo comparado entre o modelo de jurisdição brasileiro, conhecido como de jurisdição una, e o modelo francês, conhecido como de jurisdição mista, demonstrando-se suas vantagens e desvantagens.

A importância deste estudo se justifica não para definir o melhor sistema de jurisdição, ou mesmo apontar qual deveria ser o adotado pelo Brasil, e sim para servir de suporte para futuras discussões sobre o tema, que, eventualmente, podem até desembocar em uma mudança do sistema de jurisdição atualmente vigente no País.

A problemática que nos leva à elaboração da presente pesquisa monográfica consiste na necessidade de se desfazer os nós da “complicada” e redundante prestação jurisdicional em matéria administrativa, afastando-se da ideia de duplicidade de esforços e aproximando-se da que se afigura como solução ótima ao controle da Administração Pública em países cujo regime de governo é o presidencialista, preservando, em todo caso, por meio de intransponíveis barreiras ao exercício dessa prestação jurisdicional concentrada, a essencial separação dos Poderes.

Como marco teórico, tomamos emprestado os estudos sobre a função da jurisdição no Estado Constitucional brasileiro, desenvolvido pela professora Christine Peter, fruto dos diálogos travados com as obras de Peter Häberle, Perez-Luño, Francisco Segado, Ingo Sarlet, entre outros. No que concerne ao estudo comparado entre os sistemas de jurisdição brasileiro e francês, objeto central de nossa pesquisa, visitamos os ensinamentos de Miguel Seabra Fagundes, José dos Santos Carvalho Filho, Raquel Melo Urbano de Carvalho e André de Laubadère. Por fim, no intuito de caracterizar a redundância da prestação jurisdicional em matéria administrativa, submetemos à discussão alguns precedentes julgados pela Corte Suprema em matéria administrativa, já apreciada pelo Tribunal de Contas da União,

órgão administrativo de estatura constitucional, criado para dirimir conflitos existentes entre a Administração Pública e aqueles administrados sujeitos a sua jurisdição, que porventura derem causa a prejuízo ao erário.

O estudo comparado será a metodologia empregada no presente trabalho, utilizando-se do tipo de pesquisa instrumental, com enfoque na doutrina, na legislação e na jurisprudência pertinentes ao problema de pesquisa, além do uso das técnicas de pesquisa de levantamento de referências, revisão bibliográfica e análise documental de precedentes do Supremo Tribunal Federal.

Pretende-se abordar o tema proposto em três capítulos.

O primeiro visa contextualizar o conceito de jurisdição no âmbito do Estado Constitucional, que apresenta-se como garantidor e concretizador dos direitos fundamentais. Para tanto, destaca-se, além da face subjetiva, a perspectiva objetiva dos direitos fundamentais, enfatizando-se o papel do Poder Judiciário e, em especial, da Corte Maior na concreção desses direitos.

O capítulo seguinte cinge-se ao estudo dos mecanismos de controle dos atos administrativos e à comparação entres os sistemas de jurisdição inglês, adotado pelo Brasil, e francês, adotado por alguns países europeus, realçando vantagens e desvantagens de um e de outro.

O terceiro capítulo tem por finalidade discutir alguns precedentes julgados pelo STF em matéria administrativa, que, por sua interpretação, para além de suprir lacunas normativas, atua como instituição garante dos direitos fundamentais, transformando o exercício da jurisdição sobre as normas constitucionais programáticas, cuja existência só é percebida em abstrato, em realidade perceptível pelos destinatários da prestação jurisdicional.

É nessa seara que ousamos desenvolver nosso estudo que, por si só, não tenciona dar uma resposta definitiva sobre o assunto, e sim instigar o leitor à reflexão de que a modalidade do sistema de jurisdição, qualquer que seja a adotada por um país, deve revelar sobretudo a supremacia da Constituição sobre a supremacia da lei, pois é essa a resposta que as sociedades exigem do Estado que se diz garantidor dos direitos fundamentais.

## **1 JURISDIÇÃO NO ESTADO CONSTITUCIONAL**

### **1.1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS**

Em que pese o objeto deste estudo orbitar a comparação dos sistemas de jurisdição pátrio e francês, não convém dissociá-lo do pano de fundo que permeia obrigatoriamente todos os trabalhos no âmbito do Direito Constitucional e que, por essa razão, dá sentido a presente monografia, o Estado Constitucional. Sendo assim, faz-se imperiosa uma visita aos alicerces que o sustentam, pois nos interessa a função que a jurisdição desempenha nesse novo Estado dito Constitucional.

Sem dúvida, o Estado Constitucional é fruto de uma evolução, de uma inconformação em relação ao jusnaturalismo ou juspositivismo. A neutralidade e o formalismo da lei, característicos do Estado de Direito, já não bastavam para atender plenamente os anseios da sociedade. Em resposta a essa necessidade, nasce o que hodiernamente se denomina de pós-positivismo, ou neoconstitucionalismo (SILVA, 2010).

Em verdade, segundo leciona a professora Christine Peter (2010), o pós-positivismo não rompe definitivamente com o positivismo, trata-se de nova interpretação de suas propostas fundamentais, calcada na ampliação do conceito de norma jurídica, que abrange não só as regras jurídicas, mas, em especial, os princípios que as informam, mormente aqueles que consagram os direitos fundamentais.

Esse novo paradigma constitucional concentra seus esforços no princípio da dignidade da pessoa humana, transformando o homem no centro de todas discussões e reflexões filosóficas. Tal movimento se acentuou a partir do término da Segunda Guerra Mundial, caracterizando-se pela proteção irrestrita das liberdades civis e pelo reconhecimento de direitos fundamentais nos planos social e difuso, também chamados pelo Professor Ingo Sarlet (2007) de direitos fundamentais de 2.<sup>a</sup> e 3.<sup>a</sup> dimensões.

Não se pode perder de vista que o Estado Constitucional que serve de base para nossa reflexão é o Estado de Direito na sua visão mais abrangente, produto dos vetores Estado de Direito Administrativo, Estado de Direito Legislativo e Estado de Direito Judiciário (SILVA, 2010).

A antiga e clássica versão do Estado de Direito, baseada no controle de legalidade, na separação dos poderes e na garantia de direitos subjetivos fundamentais, cedeu seu lugar à concepção do Estado Constitucional, fundado no controle de constitucionalidade, na interdependência entre os poderes e na garantia de direitos fundamentais também no plano objetivo. É certo que os direitos fundamentais se oferecem como parâmetro objetivo do ordenamento jurídico-constitucional, ultrapassando a ideia de serem considerados como meros direitos subjetivos a serem demandados individualmente (SILVA, 2010).

Segundo Pérez Luño (2002), o Estado Constitucional se oferece como paradigma alternativo ao Estado de Direito, considerado nesse contexto como Estado de Direito Legislativo.

Assim, considerando essas premissas, é que se questiona o papel institucional do Poder Judiciário, fundado na teoria objetiva dos direitos fundamentais, como Poder de Estado garantidor desses direitos, tanto no plano constitucional, como no plano de irradiações no direito infraconstitucional (SILVA, 2010).

Dar concretude aos valores constitucionais por meio da interpretação das normas jurídicas não se revela atividade simples, exige integração de conteúdos interdisciplinares, que ultrapassam o restrito domínio do saber jurídico (SILVA, 2010).

Para Canotilho (1991), interpretar a norma constitucional é atribuir um significado a um ou vários símbolos linguísticos escritos na Constituição com a finalidade de se solucionar problemas práticos, por intermédio de uma decisão normativo-constitucionalmente fundada.

É certo que toda interpretação judicial preenche lacunas deixadas pelo legislador. Incertezas, ambiguidades, imprecisões são supridas pelo juiz, que, ao interpretar normas constitucionais, executa a difícil tarefa de construir sentidos

constitucionais, definindo, no caso dos direitos fundamentais, o próprio alcance de proteção desses direitos (CAPPELLETI, 1993).

A transformação do Estado de Direito em Estado Constitucional pode ser explicada pela teoria do *“labeling approach”*, a qual atribui qualidade a determinados fatos ou atos, rotulando-os. Dessa forma, a juridicidade a eles atribuída não é intrínseca, mas produto da escolha daqueles que detém o controle social ou poderes jurídicos. A contribuição dessa teoria se revela a partir do instante em que os juízes e governantes amoldam suas atividades às mudanças sociais, políticas e econômicas, evidenciando verdadeira mudança da linguagem e da aplicação do direito (PÉREZ LUÑO, 2002).

Assim, a supremacia da lei, esta última considerada a vontade máxima do Estado soberano, que, por seu turno, detém o monopólio do sistema de fontes jurídicas, vem sendo modificada por fenômenos denominados *“supra e infra estatalidad normativa”* (SILVA, 2010).

No que se refere às normas supra-estatais, tais mudanças advêm dos tratados internacionais que prevalecem sobre as normas internas, como as relacionadas aos direitos humanos, ao estabelecimento de tribunais penais internacionais e as orientações para transações econômicas. Verifica-se, portanto, que o monopólio na criação de normas foi quebrado, passou a ser compartilhado com os demais atores internacionais (SILVA, 2010).

A produção normativa infra-estatal atribui-se a entidades intermediárias entre o Estado e o cidadão, que promovem livre atuação de grupos sociais e autoregulação, por intermédio de um processo progressivo de ‘descodificação’ do direito e de inserção das *“soft-laws”*. Essa flexibilização do ordenamento jurídico, resultante da propagação desse “pluralismo jurídico”, sobrepõe-se à ideia de hierarquia das leis, que bem caracteriza o Estado de Direito. Esse fenômeno é conhecido como subversão da hierarquia das fontes (SILVA, 2010).

Portanto, segundo Pérez Luño (2002), o Estado Constitucional se revela como alternativa ao Estado de Direito, que se vê naturalmente superado ante a incerteza produzida pelo embate entre fontes de direito carentes da ordem hierárquica. E exatamente, por ser a produção jurídica no Estado Constitucional resultado da interação dos mais diversos fatores sociais e da atuação de diversos

atores, é que se exige do intérprete da Constituição uma atitude aberta, que substitua o monopólio das fontes pelo pluralismo metódico.

Tal exigência se justifica na medida em que se verifica verdadeira hipertrofia legislativa, dificultando não só a possibilidade de aplicação das normas editadas, em razão de sua prolixidade e complexidade, bem como a própria compreensão, por parte dos cidadãos, de seus direitos (SILVA, 2010).

Anota-se aí mais um motivo para a transposição do Estado que prima pela “reserva da lei” para o da “reserva da Constituição”, sem que isso signifique inversão dos papéis originalmente reservados ao legislador e ao constituinte. A verdadeira intenção por trás dessa transposição é a de concentrar esforços para a eficácia dos direitos fundamentais (SILVA, 2010).

## **1.2. A FACE OBJETIVA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS**

Deve-se lembrar que os “direitos fundamentais não se limitam à função precípua de serem direitos subjetivos de defesa do indivíduo contra atos do poder público, mas que, além disso, constituem decisões valorativas de natureza jurídico-objetiva da Constituição, com eficácia em todo o ordenamento jurídico e que fornecem diretrizes para os órgãos legislativos, judiciários e executivos” (SARLET, 2007).

Essa faceta objetiva dos direitos fundamentais se apresenta como um conjunto de valores objetivos fundamentais, que direcionam a ação positiva dos poderes públicos, superando a perspectiva subjetiva que se presta apenas como garantia negativa de interesses individuais (SILVA, 2010).

Segundo Konrad Hesse, o principal desdobramento da perspectiva objetiva dos direitos fundamentais é a força dirigente exercida sobre os órgãos estatais, a qual incumbe-lhes a permanente função de concretização e realização de seu conteúdo essencial (SARLET, 2007).

O professor Ingo Sarlet (2007) acrescenta outros desdobramentos da perspectiva objetiva dos direitos fundamentais.

Um primeiro, relacionado à força jurídica autônoma desses direitos, trata da sua eficácia irradiante, que se revela por meio de orientações para aplicação e

interpretação do direito infraconstitucional. Essa irradiação no plano infraconstitucional exige o desenvolvimento de uma interpretação conforme os direitos fundamentais, à semelhança da técnica de interpretação conforme a Constituição (SILVA, 2010).

Outro desdobramento decorre da eficácia horizontal dos direitos fundamentais, ou seja da eficácia desses direitos sobre a esfera privada, pois, por óbvio, os direitos fundamentais não são apenas oponíveis aos poderes públicos (SILVA, 2010).

Nesse contexto, há que se inserir comentários sobre as garantias institucionais, que servem de escudo para proteger determinadas instituições, ou mesmo institutos, contra a ação erosiva do legislador. E é nesse sentido que se sobressai a ação positiva do Estado, como defensor dos direitos fundamentais dos indivíduos, que deve protegê-los não só contra os poderes públicos, mas também contra os particulares e, eventualmente, outros Estados (SARLET, 2007).

Um último, mas não menos importante, desdobramento da perspectiva objetiva dos direitos fundamentais pode ser percebido na função que desempenham como parâmetros de criação e estruturação de organizações ou instituições estatais e para o procedimento, que, sem embargos, auxiliam efetivamente na proteção desses direitos (SARLET, 2007).

### **1.3 PAPEL DO PODER JUDICIÁRIO NO ESTADO CONSTITUCIONAL**

É forçosa a reflexão sobre o papel do juiz como garantidor dos direitos fundamentais. Saber se o exercício dessa função jurisdicional, mormente aquele relacionado à interpretação das normas, transforma-o em legislador, ferindo a ideia de separação dos poderes e, conseqüentemente, ameaçando à democracia instaurada é a reflexão que se propõe (SILVA, 2010).

Para melhor compreender o tema, faz-se aconselhável visitar os métodos de interpretação conhecidos, em especial, o comparativo proposto por Peter Häberle, acrescentando-o aos clássicos métodos gramatical, histórico, teleológico e sistemático, propostos por Savigny (SEGADO, 2003).

Para Häberle, a utilização da comparação como método de interpretação constitui a via que permite a comunicação entre várias Constituições e, conseqüentemente, que se adquira para cada uma e todas elas maior eficácia (SEGADO, 2003).

Como salienta Christine Peter (2010), essa preocupação com a eficácia dos direitos fundamentais é uma “realidade que se impõe para a própria efetivação da cidadania e consagração do Estado Constitucional e Democrático. Estado cada vez mais entendido como ordenamento democrático que se funda no reconhecimento da dignidade da pessoa humana, na inviolabilidade dos direitos e no livre desenvolvimento da personalidade”.

O cuidado que se deve tomar é o de transformar esse discurso teórico em uma realidade prática, para tanto não se pode prescindir de uma visão procedimentalista do próprio fenômeno hermenêutico-constitucional, a qual garantirá meios para a efetiva participação da sociedade nos processos perante a Justiça (SILVA, 2010).

Para o Ministro Gilmar Ferreira Mendes (2004), houve razoável avanço na tarefa de se concretizar a Constituição de 1988, onde as questões ligadas aos direitos fundamentais têm tido a ampla oportunidade de serem judicializadas.

Dessa forma, a garantia dos direitos fundamentais se dá não só por ações constitucionais típicas, mas também por ações, processos e procedimentos, que tornam possível a participação dos cidadãos (BARACHO, 1995).

Essa participação só é possível porque seus direitos e deveres estão definidos como conteúdo material das Constituições modernas. A observância desses direitos é garantida não só pelas ações individuais dos titulares de situações jurídicas subjetivas, como também pelo compromisso de todos os órgãos públicos para que tais direitos tornem-se efetivos (SILVA, 2010).

Não se discute que as normas constitucionais promovem o reconhecimento dos direitos fundamentais em abstrato e do interesse legítimo para demandá-los. No entanto, isso não é suficiente, para que haja efetiva concretização desses direitos, é necessária a atuação das instituições públicas e privadas, bem como dos cidadãos. (SILVA, 2010).

Nesse contexto é que se revela de suma importância o papel do Poder Judiciário e, especificamente, do Supremo Tribunal Federal, que se apresenta não só como garantidor dos direitos fundamentais, mas como própria garantia institucional desses direitos (SILVA, 2010).

#### **1.4 CORTE CONSTITUCIONAL BRASILEIRA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS**

Não se cogita de atribuir essa missão ao outro Tribunal que não o Supremo Tribunal Federal, aliás essa é a natural consequência do estudo desenvolvido até aqui (SILVA, 2010).

O método comparativo de interpretação proposto por Häberle tem permitido a identificação de um conjunto de princípios constitucionais que são comuns a diferentes Estados na Europa. Em verdade, tem sido a via que tem garantido a comunicação entre diversas constituições, resultando em um maior reconhecimento e integração das Cartas de Direitos Humanos pelos ordenamentos internos (HÄBERLE, 2003).

A professora Christine Peter (2010) revela sua crença no emprego do método comparativo em conjunto com uma cultura de estudo de casos como *“caminho mais eficaz para desdobrar a idéia de que o Supremo Tribunal Federal também deve encontrar a sua identidade constitucional na perspectiva objetiva dos direitos fundamentais, consagrando-se ele mesmo como uma garantia institucional e Tribunal dos direitos fundamentais”*.

Sem dúvida, sua principal e mais proeminente função revela-se na defesa da Constituição e das liberdades, que desempenha como intérprete da Constituição e, em um plano mais específico, como intérprete-concretizador dos direitos fundamentais (SILVA, 2010).

Convém ressaltar o texto de Francisco Campos, referenciado por Oscar Dias Correa (1986), que bem esclarece a função do STF no exercício de intérprete da Constituição: *“O poder de interpretar a Constituição envolve, em muitos casos, o poder de formulá-la. A Constituição está em elaboração permanente nos Tribunais incumbidos de aplicá-la, é o que demonstra a jurisprudência do nosso Supremo Tribunal Federal e da Suprema Corte norte americana”*.

E nesse diapasão de garante dos direitos fundamentais é que se encontra esculpido o papel eminentemente político do STF, que, ao interpretar as normas sobre direitos fundamentais, tende a amoldá-las às necessidades da sociedade em que vivemos, observando as circunstâncias pelas quais atravessa o Estado Constitucional (SILVA, 2010).

Uma vez estabelecidas essas premissas, em especial, a do Poder Judiciário como concretizador dos direitos fundamentais tanto na sua faceta subjetiva como objetiva, decorrente da natural evolução do Estado de Direito, onde vigora a supremacia da lei, para o Estado Constitucional, pautado pela supremacia da Constituição, já se pode enfrentar o tema de estudo comparado entre sistemas de jurisdição, sempre dentro do cenário indissociável do Estado efetivo garantidor dos direitos fundamentais.

## **2 SISTEMAS DE JURISDIÇÃO**

### **2.1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS**

Antes mesmo de se aprofundar o estudo sobre as espécies de sistemas de jurisdição, comparando-as e destacando as vantagens e as desvantagens de uma sobre a outra, faz-se necessário uma breve incursão sobre o próprio conceito de jurisdição, que, por seu turno, encontra-se irremediavelmente associado às origens do Estado soberano e ao princípio da separação dos Poderes.

Para tanto, vale tomar emprestado os ensinamentos do ilustre professor Paulo Bonavides (2003) sobre o tema.

O Estado soberano surgiu em resposta aos anseios da sociedade burguesa comercial e industrial do século XVII, que entendia excessiva a concentração do Poder nas mãos do monarca, um verdadeiro peso contraposto aos seus interesses. A pressão crescente dessa classe social, que se interpunha entre a realeza e a grande massa de súditos, forçou a transição do Estado Medieval disperso para o Estado Moderno colaborativo (BONAVIDES, 2003).

Para Bonavides (2003), a ordem econômica da burguesia se implanta no Ocidente e os reis conferem-lhe toda sorte de proteção: o mercantilismo como

política econômica (o intervencionismo: no subsídio às empresas e companhias de navegação, no fomento ao comércio e indústria, amparo às classes empresariais, robustecimento do patronato e do capital, na legislação industrial). O privilégio econômico da burguesia cresce contra a obsolescência da já desgastada realeza. Ao final, a empresa capitalista, com a burguesia economicamente vitoriosa, dispensava os reis de versão autocrática.

Consequentemente, o estado intervencionista deixou de ser um bem. O sistema demandava o máximo de liberdade para alcançar o máximo de expansão, bem como a garantia impessoal da lei, que previsse em sua formação a participação ativa da burguesia e não mais como mera coadjuvante (BONAVIDES, 2003).

Todos os elementos para mudar o Estado moderno estavam formados para a postulação de um ordenamento político impessoal, concebido segundo as doutrinas de limitação do poder, mediante as formas liberais de contenção da autoridade e as garantias jurídicas da iniciativa econômica (BONAVIDES, 2003).

Esse cenário serviu de berço para o nascimento do princípio da separação de Poderes, que, embora tenha sido sistematizado por Montesquieu (1748), na obra “O espírito das leis”, contou com a colaboração de outros precursores: Aristóteles; Marsílio de Pádua; Grotius, Wolf e Puffendorf; Bodin, Swift e Bolingbroke; e Locke (BONAVIDES, 2003).

Para Montesquieu (1748), o conceito de liberdade individual consistia no direito de se fazer tudo quanto permitem as leis. E eram essas leis que também garantiriam a liberdade política, impondo limites àqueles que tentassem abusar do poder, mediante sujeição a um ordenamento jurídico que estabeleça entre os indivíduos um temor recíproco, sob a égide da autoridade governativa.

Para o ilustre filósofo francês, seria no mínimo, temerário, se aqueles três poderes – o de fazer leis (Legislativo), o de executar as resoluções públicas (Executivo) e o de punir crimes e solver pendências entre particulares (Judiciário) – se reunissem num só homem ou associação de homens. E, fundada nesse temor, nasceu a teoria da separação dos Poderes, que, contrariando as expectativas dos menos atentos, pressupunha a atuação conjunta e harmônica desses poderes, de forma a se garantir por meio de controles recíprocos sua correta atuação, antecipando o que mais tarde Bolingbroke iria definir como a técnica de *checks and*

*balances* (freios e contrapesos), desenvolvida na Inglaterra do século XVIII (BONAVIDES, 2003).

A teoria da separação dos Poderes, sistematizada por Montesquieu (1748), não só influenciou a Revolução Francesa de 1789, que acarretou a queda da Monarquia à época, como também serviu de suporte para a instauração da maioria dos regimes democráticos atualmente vigentes.

De plano, depreende-se que o conceito de jurisdição está intimamente realcionado ao surgimento do Poder Judiciário, que, em verdade, não traduz um poder em si, mas expressa o exercício da função jurisdicional do Estado (CUNHA, 2004).

Do sentido etimológico extraímos que o verbete provém do latim “*jurisditio*”, que, em uma tradução simplificada, significa “dizer o direito”, o que se faz por intermédio de uma sentença ou decisão, prolatada por uma autoridade competente, em outras palavras, investida pelo Estado de poder jurisdicional.

A essa autoridade a quem compete “ditar o direito” – que em nada se confunde com a conotação ditatorial que se possa emprestar do uso arbitrário do poder - também se atribui a não menos nobre tarefa de pacificar conflitos entre aqueles que não conseguiram resolver suas divergências de forma consensual. E nesse universo incluem-se todas as possíveis partes litigantes, quer sejam pessoas físicas ou jurídicas, quer pessoas jurídicas de Direito Público ou Privado, quer pertencentes à Administração Pública ou não (CUNHA, 2004).

Consoante o País em que se dá, esse provimento jurisdicional é distinto, daí a razão de estudarmos suas modalidades, para apontar, eventualmente, o sistema mais eficaz dentro de uma determinada realidade, isto é, considerando as condições sociais, culturais, históricas e econômicas de uma determinada sociedade (CUNHA, 2004).

Invariavelmente, um sistema de jurisdição está ancorado na Lei Máxima de um País e, como tal, goza de algumas proteções. No nosso caso específico, a Carta da República de 1988 assegura ao acesso à Justiça assento cativo ao lado de outras garantias constitucionais, mais precisamente no artigo 5.º, inciso XXXV, o qual prescreve que “*a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito*” (Brasil, 1988; CUNHA, 2004).

Na lição do professor Sérgio Sérulo da Cunha (2004, p. 186), essa garantia de amplo acesso à Justiça também encontra assento em diversos pactos e declarações internacionais. Alguns artigos desses textos merecem ser reproduzidos a seguir:

*“Artigo 8.º – Todo homem tem direito de receber dos tribunais nacionais competentes remédio efetivo para os atos que violem os direitos fundamentais que lhe sejam reconhecidos pela constituição ou pela lei.*

*Artigo 10 - Todo homem tem direito, em plena igualdade, a uma justa e pública audiência por parte de um tribunal independente e imparcial, para decidir de seus direitos e deveres ou do fundamento de qualquer acusação criminal contra ele.”* (Declaração universal dos direitos do homem)

*“Artigo 14 – Toda pessoa terá o direito de ser ouvida publicamente e com as devidas garantias por um tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente em lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou na determinação de seus direitos e obrigações de caráter civil.”* (Pacto internacional sobre direitos civis e políticos)

*“Artigo 8.º, § 1.º - Toda pessoa tem direitos de ser ouvida com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou para que se determinem seus direitos ou obrigações de natureza civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer natureza.*

*Artigo 25, § 1.º - Toda pessoa tem direito a um recurso simples e rápido ou a qualquer outro recurso efetivo, perante os juízes ou tribunais que a proteja contra atos que violem seus direitos fundamentais reconhecidos pela constituição, pela lei ou pela presente Convenção, mesmo quando tal violação seja cometida por pessoas que estejam atuando no exercício de suas funções oficiais.”* (Convenção americana sobre os direitos humanos)

Todos esses pactos, convenções ou declarações convergem para uma ideia central: a necessidade de se garantir a todas pessoas proteção efetiva contra atos que ameacem ou que produzam lesões a seus direitos fundamentais.

Não se olvida que a resposta a esse anseio de proteção dos indivíduos se aloja no exercício da prestação jurisdicional a cargo do Estado, que pode fazê-lo de duas formas. E são essas formas ou sistemas de jurisdição de que se vale o Estado, para resguardar os direitos fundamentais, que constituem o objeto de estudo da presente monografia, mais especificamente no que diz respeito ao controle estatal dos atos administrativos, que será desenvolvido mais adiante em subitem específico.

## **2. 2 ESPÉCIES DE SISTEMAS DE JURISDIÇÃO**

Não se olvida que a jurisdição, entendida como poder advindo da soberania do Estado, é, necessariamente, única, não comportando fracionamentos ou divisões. Todavia, ante a pluralidade e especialização decorrentes dos ordenamentos jurídicos, existem múltiplas manifestações de uma só jurisdição (BARACHO, 1974).

As espécies de jurisdição podem ser classificadas quanto à origem em eclesiástica, senhorial, federal, estadual, legal ou permanente, convencional ou momentânea; quanto à matéria em comum, que abrange às áreas civil, penal, trabalhista, eleitoral e militar, e especial, que se refere à administrativa; e quanto à forma em contenciosa e voluntária (PASSOS, 1957).

Contudo, no intuito de delimitar o tema, nosso estudo restringir-se-á às especificidades da jurisdição administrativa.

Para Frederico Marques (1979), jurisdição administrativa é aquela que se caracteriza por solucionar litígios de caráter administrativo. No Direito Brasileiro, é exercida pelos órgãos da justiça ordinária da União e dos Estados.

Regra geral, o processo administrativo, no nosso sistema jurídico, confunde-se com o processo civil, em relação ao *modus procedendi* comum e às normas gerais que o regulam. Mesmo os procedimentos especiais, como o do mandado de segurança e o do executivo fiscal, constituem segmentos especiais do Direito Processual Civil, observando suas regras gerais (BARACHO, 1974).

Não é diferente a processualística adotada pelo Tribunal de Contas da União – TCU, que apesar de peculiar, não dispensa a aplicação subsidiária das normas processuais em vigor, naquilo que sua Lei Orgânica não dispuser em contrário, consoante dispõe o artigo 298 do seu Regimento Interno (BRASIL, 2002).

Merecem nossa atenção duas modalidades de controle jurisdicional, a comum e a especial. A primeira, amplamente conhecida como sistema de jurisdição única, ou modelo inglês de jurisdição, engloba todos ou quase todos conflitos que envolvem matéria administrativa, e exatamente por haver exceções preferiu adotar a denominação de controle jurisdicional comum. A segunda, dita especial, refere-se ao sistema de jurisdição mista ou dúplice, ou modelo jurisdicional francês, assim entendida por submeter as situações contenciosas administrativas ao descortino de órgãos específicos da Administração Pública, distintos do Poder Judiciário, que exercerão a jurisdição comum sobre as demais situações. Pode-se afirmar que,

tanto em um, quanto em outro sistema, há pleno controle da atividade administrativa desempenhada pelo Poder Executivo, observando-se diferenças apenas quanto à forma como organizam os tribunais incumbidos do controle dos atos administrativos (FAGUNDES, 2010).

Para Carvalho Filho (2005), há pequena variação entre os sistemas de controle da atividade administrativa, mas, basicamente, são duas as espécies: o do contencioso administrativo, também conhecido como sistema da dualidade de jurisdição ou sistema francês; e o da unidade da jurisdição, também chamado de sistema de monopólio de jurisdição ou sistema inglês.

Portanto, os modelos de jurisdição ou sistemas de jurisdição, adotados pelos países onde vigora o regime democrático, são dois. Um denominado inglês, ou de jurisdição una; e o outro francês, também conhecido como de jurisdição mista.

## **2. 2. 1 MODELO JURISDICIONAL INGLÊS**

O sistema de monopólio da jurisdição, ainda hoje adotado pela Inglaterra, berço de suas raízes históricas, surgiu da necessidade de se ter um Poder acima das influências do soberano, inclusive conferindo-lhe autonomia, para que o controle sobre a Administração fosse efetivo. Influenciados pelo direito inglês, também os Estados Unidos da América o adotaram em sua Constituição. A Bélgica o fez em 1831, influenciando mais tarde, por sua vez, a Itália, em 1865, e a Romênia, em 1866. Mais recentemente, também foi adotado pela Irlanda, em 1922, seguida pelo México (FAGUNDES, 2010).

Tal sistema caracteriza-se por concentrar o exercício da função jurisdicional exclusivamente no Poder Judiciário, onde todos os litígios, de cunho administrativo ou não, são submetidos ao crivo do órgãos desse Poder (CARVALHO FILHO, 2005).

O modelo inglês de jurisdição, também adotado no Brasil, ampara-se no princípio do amplo acesso ao Poder Judiciário. Vale lembrar que, historicamente, a adoção desse sistema remonta à Constituição de 1946, primeira a expressamente garantir esse acesso, nos termos do art. 141, § 4.º: “A lei não poderá excluir da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão de direito individual” (BRASIL, 1946).

Para Tavares (2007), tal princípio repeliu a chamada instância administrativa forçada ou jurisdição condicionada, criada por força da emenda n.º 7, de 1977, à Constituição de 1967, a qual impunha aos administrados o esgotamento das vias administrativas, para acionar as vias judiciais, conforme disposição expressa do art. 153, § 4.º:

*“A lei não poderá excluir da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão de direito individual. 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 cento e oitenta dias para a decisão sobre o pedido.”* (destaques nossos)

Ainda assim, impende ressaltar que, embora a instância administrativa forçada não tenha sido recepcionada pelo nosso sistema constitucional pátrio, admite-se um único caso como exceção à regra, o da Justiça Desportiva. Assim, em se tratando de ações relativas à disciplina e às competições esportivas, deve-se, previamente à provocação judicial, exaurir a via administrativa na tentativa de pacificação dos conflitos nessa seara, consoante dispõe o art. 217, § 1.º, da Lei Maior (BRASIL, 1988; TAVARES, 2007).

Não se pode olvidar também a existência de duas outras exceções, necessariamente previstas no texto constitucional pátrio. Uma delas versa sobre o julgamento de *impeachment* a cargo do Poder Legislativo e a outra concretizada por meio da jurisdição privada, ou arbitragem.

Assim, é verdade, com base no pressuposto da jurisdição una, que o Poder Judiciário exerce, precipuamente, a função jurisdicional, contudo pode-se afirmar também que nem toda função jurisdicional é exercida por esse Poder (TAVARES, 2007).

Uma leitura precipitada do art. 5, inc. XXXV, da Lei Fundamental, pode conduzir a uma interpretação equivocada, ou, no mínimo, insuficiente a respeito do princípio ali fundado. A garantia não se resume ao amplo acesso ao Poder Judiciário, ou o direito de ir a juízo, e sim à tutela jurisdicional efetiva, adequada e tempestiva (TAVARES, 2007).

Apresenta como vantagem, em contraponto ao sistema francês, a imparcialidade do Estado-Juiz em litígios administrativos, vez que o Estado-Administração e o administrado se colocam na mesma condição perante o Poder Judiciário (CARVALHO FILHO, 2005).

## 2. 2. 2 MODELO JURISDICIONAL FRANCÊS

No que respeita à jurisdição dúplice, sua origem remonta à Revolução de 1789. A justificativa se apoia na resistência da opinião pública quanto à ingerência dos parlamentos, corpos judiciários, nos negócios administrativos, pois constituíam eles obstáculos intransponíveis à aprovação de reformas administrativas necessárias. Assim a legislação revolucionária, por intermédio da Lei n.º 16, de 24 de agosto de 1790, tratou, de maneira inequívoca, a distinção e a separação da função judiciária da administrativa, não podendo os juízes, em hipótese alguma, perturbar as operações dos órgãos administrativos. Sobressai dessa vedação expressa aos juízes não só a proibição de se intrometerem em matérias da Administração, mas também de formularem qualquer juízo sobre situações contenciosas que surgissem (FAGUNDES, 2010; FRANÇA, 1790).

A respeito das origens desse modelo jurisdicional, vale reproduzir a lição esclarecedora da professora Odete Medauar (2008):

*“Originou-se na França a idéia de vedar ao Judiciário o julgamento de controvérsias que envolvessem a Administração, em virtude, principalmente, de uma interpretação peculiar do princípio da separação dos poderes, combinada a fatos históricos aí ocorridos antes da Revolução Francesa; de fato, no chamado ‘Ancien Regime’ os Parlamentos dotados de algumas das funções jurisdicionais, passaram a imiscuir-se na Administração, editando preceitos que lhes pareciam aptos a acabar com abusos (mescla de justiça e ação administrativa) e também proferindo censuras a medidas editadas pelo monarca. Assim, após 14 de julho de 1789 procurou-se evitar a interferência de órgãos jurisdicionais na Administração Pública.”*

Na mesma esteira, Eduardo Garcia de Enterria (2001) esclarece que tendo surgido na França a noção de subordinação da Administração Pública à ordem jurídica,

*“esse controle não podia ser encomendado aos juízes genuínos, pois a Assembléia Constituinte havia promulgado a Lei n.º 16, de 24 de agosto de 1790, que consagra a famosa ‘interpretação francesa do princípio da separação dos poderes’, segundo a qual se proibia aos juízes mesclar-se e interferir com qualquer assunto administrativo. ‘Julgar a Administração é ainda administrar’ passará a ser o princípio essencial, em virtude do qual haverá que residir no âmbito da mesma Administração a função de submeter a crítica da atuação administrativa a respeito de sua observância do princípio da legalidade”.*

A Constituição de 1791 e leis posteriores reforçam essa independência da Administração Pública, que passa a ser o próprio juiz de seus atos, restando imune a qualquer controle jurisdicional. Somente na época de Bonaparte é que se pôs fim à irresponsabilidade irrestrita da Administração, criando-se o chamado controle jurisdicional do Poder Executivo, daí a razão de ser considerado especial, caracterizado por separar as autoridades administrativas ativas das judicantes.

Em 1872, apareceu a justiça delegada, cujas jurisdições administrativas proferiam julgamentos com força de coisa julgada (BARACHO, 1974).

A crítica positiva de André de Laubadère (1955), relacionada ao sistema de jurisdição mista, deixa clara a razão de esse sistema ser adotado até hoje na França e em outros países:

*“O sistema de dualidade de jurisdição tem a vantagem de proporcionar não somente uma justiça administrativa mais eficiente como também um direito administrativo mais sólido. Tem revelado a experiência que os magistrados judiciários, mesmo quando não procuram, por fins políticos, perturbar as operações administrativas, não se acham convenientemente preparados para julgar a administração. Ou eles, guardando reverência à autoridade executiva, demonstram timidez nos assuntos que lhe digam respeito; ou ao contrário, sob o estímulo da própria autoridade ou de um espírito jurídico em sentido estrito, desconhecem a situação especialíssima de determinado serviço administrativo na vida jurídica, dentro de um quadro onde os direitos e as obrigações não podem ser idênticos aos dos particulares”.*

Da França, esse sistema se irradiou para outros países, como a Finlândia, a Grécia, a Turquia, a Iugoslávia, a Polônia, a Tchecoslováquia, a Suíça e a Hungria (FAGUNDES, 2010).

Hoje, superada a antiga prevenção dos corpos administrativos em relação à jurisdição comum, a manutenção da jurisdição especial encontra amparo na conveniência técnica das especializações e melhor coordenação do serviço público (FAGUNDES, 2010).

O sistema francês caracteriza-se por admitir, ao lado da Justiça do Poder Judiciário, uma Justiça Administrativa. Assim, há um ramo do Poder Judiciário responsável pelos assuntos de natureza privada, como os contratos civis e comerciais, os conflitos de vizinhança, as questões ligadas à propriedade, etc., além da resolução de conflitos de natureza criminal. Por outro lado, há um segundo ramo

do Poder Judiciário incumbido dos assuntos ditos de natureza pública, assim entendidos como aqueles que envolvam o interesse público do Estado. Nesta segunda ordem jurisdicional, denominada na França de *jurisdição administrativa*, incluem-se as matérias de direito tributário, financeiro, além de todo o contencioso administrativo. Devemos destacar que, diferentemente do sistema brasileiro, ambas as jurisdições - administrativa e judicial - fazem *coisa julgada*, de modo autônomo. Pode-se afirmar, portanto, que as decisões proferidas por essas Justiças são acobertadas pelo manto da coisa julgada (*res iudicata*), afastando a possibilidade de a matéria julgada em uma delas ser reapreciada pela outra. Precisamente nesse ponto, o referido sistema distingue-se do sistema inglês ou da unidade da jurisdição, porquanto a função jurisdicional é exercida por essas estruturas orgânicas independentes, a Justiça Judiciária e a Justiça Administrativa (CARVALHO FILHO, 2005).

Para melhor compreensão do sistema de jurisdição administrativo francês, convém lançar luzes sobre a sua organização. No âmbito administrativo, as funções são desempenhadas, em primeira instância, por 42 Tribunais Administrativos (*Tribunal Administratif*); em segunda instância, por 8 Cortes Administrativas de Apelação (*Cour Administrative d'Appel*); e em última instância, pelo Conselho de Estado (*Conseil d'Etat*).

O Conselho de Estado surgiu pela primeira vez no ano de 1578, no Reino de Henrique III, tendo atribuições de assessoramento ao monarca e solução de disputas administrativas. Em 1790, a Assembléia Constituinte francesa, tendo como propósito a separação das funções estatais acima referida, visando, desse modo, evitar a possibilidade de o Poder Judiciário interferir em questões de natureza administrativa, resolveu segregar a jurisdição administrativa da jurisdição comum, o que resultou, em 1799, na atribuição de tais competências ao Conselho de Estado. Esta primeira fase ficou conhecida como o sistema do *administrador-juiz*, já que o julgamento dos litígios administrativos era remetido para os próprios órgãos da Administração ativa.

O Conselho de Estado inicialmente tinha funções meramente consultivas, prestando assessoria jurídica ao monarca, a quem cabia dirimir, em última instância, os conflitos de natureza administrativa, a denominada justiça retida (SILVA, 2003).

Por um curto período, entre 1848 e 1852, o Conselho de Estado passou a ser o titular exclusivo da competência para a apreciação de questões administrativas. Em 1849, foi instituído o Tribunal de Conflitos, o qual teria competência para decidir acerca de conflitos de competência entre a corte administrativa e os tribunais da justiça comum.

Com a ascensão ao trono de Napoleão III, a justiça retida foi restaurada, havendo assim um retrocesso no avanço ocorrido no período anterior. Todavia, a partir de 1872, segundo Odete Medauar (2008), “reconheceu-se ao Conselho de Estado e órgãos assemelhados competência para decidir, com o que se formou verdadeira jurisdição administrativa, quer dizer, jurisdição específica para litígios em que a Administração é parte, com as mesmas garantias de independência da jurisdição comum”.

O Conselho de Estado é o tribunal administrativo supremo na França, julgando em última instância (e fazendo coisa julgada) todos os litígios envolvendo as pessoas jurídicas de direito público, bem como as pessoas jurídicas de direito privado delegatárias do exercício de funções públicas.

Merece destaque a situação *sui generis* do Conselho de Estado, que, por não estar inserido na estrutura do Poder Judiciário, não se encontra, da mesma maneira, subordinado hierarquicamente ao Poder Executivo francês, algo que poderia comprometer sua imparcialidade como órgão de cúpula no deslinde de litígios de natureza administrativa (LAUBADÈRE, 1996).

O sistema do contencioso administrativo apresenta como vantagem o exame de conflitos de natureza administrativa por uma Justiça composta por órgãos especializados, além de evitar o reexame por outros órgãos da chamada Justiça Judiciária. Em contrapartida, a crítica a esse sistema reside na parcialidade dessa Justiça, posto que perante a Justiça Administrativa o Estado é parte e ao mesmo tempo juiz do conflito (CARVALHO FILHO, 2005).

## **2. 3 CONTROLE ESTATAL DOS ATOS ADMINISTRATIVOS**

O presente estudo, para além de uma reflexão sobre as modalidades atuais de sistemas de jurisdição, visa demonstrar que a redundância da prestação jurisdicional em matéria administrativa não representa, ao fim e ao cabo, uma

desvantagem em si. Ao contrário, para alguns países cujo regime de governo é presidencialista como o nosso, caracterizado pela prevalência do Poder Executivo sobre os demais, a adoção do sistema de monopólio da jurisdição se afigura como essencial à garantia de imparcialidade no julgamento dos litígios que envolvem a Administração Pública, e mais, representa a perpetuação do Estado Democrático de Direito.

Antes de se adentrar no exame da viabilidade do controle da Administração Pública, faz mister uma breve pausa, para esclarecer sua finalidade. O controle da máquina administrativa não encerra um fim em si mesmo, e sim um meio na busca de se atingir o objetivo constitucional de desenvolvimento integrado da sociedade, mediante a busca da preservação de sua paz social. Tal meta só é possível se observado o princípio da inafastabilidade de acesso ao Poder Judiciário, entendido este como garantidor de auxílio aos indivíduos de uma nação, ante qualquer ameaça, ou mesmo a própria lesão a seus direitos (BRASIL, 1988; FRANÇA, 2010).

O desrespeito a essa garantia constitucional acarreta severa insegurança às relações intersubjetivas, tornando-as inviáveis, porquanto não há como se exigir o cumprimento das obrigações pactuadas. Não se pode apelar para um consenso social de respeito à liberdade do seu semelhante em substituição à atuação estatal, única dotada de meios coercitivos, para impor a tão desejada paz social, bem como permitir o progresso da sociedade (FRANÇA, 2010).

A intenção não é outra senão permitir ao titular da prestação jurisdicional o policiamento das atividades administrativas, que, vez por outra, podem estar eivadas de vícios constitutivos de abusos contra os administrados. Eventualmente, a própria Administração Pública acredita estar protegida pelo manto da discricionariedade de sua atuação e crê, de maneira imprópria, que nessa seara não há margem para o controle de sua atividade pelo Poder Judiciário. Tal premissa é falsa, pois já se admite, excepcionalmente, o controle de mérito dos atos administrativos, mormente quando ultrapassam os limites da razoabilidade e da proporcionalidade (FRANÇA, 2010).

Sobre esse assunto, impende destacar o pensamento da Professora Raquel de Melo Urbano de Carvalho (2008), que chama a atenção para controle do mérito administrativo, muitas vezes algo concebido como intangível, insuscetível de reavaliação pelo Poder Judiciário.

Sem embargo, muitas vezes a discricionariedade conferida aos gestores públicos foi o manto que encobria escolhas desproporcionais, discriminatórias com ofensa à igualdade ou em flagrante desvio de poder (CARVALHO, 2008).

Hodiernamente, o que se busca é o confinamento do administrador público à discricionariedade que o sistema lhe reconheceu, e, ao mesmo tempo, garantir ao Poder Judiciário, no controle da juridicidade, verificar o atendimento aos princípios da proporcionalidade, segurança jurídica, isonomia, bem como a observância das regras legais, regulamentares ou regulatórias (CARVALHO, 2008).

Se por um lado, repele-se a ditadura administrativa, por outro limita-se a ação controladora judicial, impedindo que o Poder Judiciário invada e substitua a atuação administrativa, reavaliando a conveniência e a oportunidade que balizam a Administração Pública na edição do ato em tese. Se a finalidade última desse controle é reprimir a ditadura do Executivo, também se afigura intolerável a ditadura da Toga, daí a razão para ser pautada por uma atuação imparcial e efetiva, que, precipuamente, vise a concretização da dignidade das pessoa humana e demais exegeses constitucionais, sem que constitua motivo de instabilidade entre os Poderes e, conseqüentemente afronta ao próprio Estado Democrático de Direito (CARVALHO, 2008).

Portanto, torna-se claro o limite à revisibilidade judicial dos atos administrativos, cuja barreira não se pode confundir com a impossibilidade de o Judiciário se imiscuir, minimamente, no exame da sua legalidade, que, em sentido amplo, abrange sua juridicidade, ou seja, sua conformidade aos princípios da razoabilidade, proporcionalidade, igualdade, proteção da confiança legítima e outros (CARVALHO, 2008).

Segundo Carvalho Filho (2005), a garantia de acesso à justiça, insculpida no art. 5.º, inc. XXXV, da Lei Fundamental, só será efetivamente resguardada se o sobredito controle judicial observar os novéis princípios da duração razoável do processo e da celeridade processual, introduzidos pela Emenda à Constituição n.º 45, de 2004.

Ainda assim deve se ter em mente que a atuação do magistrado cinge-se ou deveria estar restrita apenas à invalidação do ato administrativo eivado de vício, ou ainda da invalidação seguida da ordem judicial de substituição desse ato, não

competindo a ele substituir o teor da decisão administrativa invalidada, porquanto é inadmissível a discussão judicial dos critérios de avaliação inseridos no mérito administrativo (CARVALHO, 2008).

Não se pode olvidar também que a inércia administrativa, ou inação da administração pública constitui comportamento ilícito, caracterizado pela ofensa ao direito de petição, garantia constitucional, estampada no art. 5.º, inc. XXXIV. Tal afronta se verifica quando os requerimentos ou recursos apresentados pelos administrados não são apreciados ou julgados em prazo razoável, ou ainda quando a administração não cumpre suas atribuições previstas no ordenamento jurídico (CARVALHO, 2008).

Exsurge novamente aqui uma preocupação com os efeitos da prestação jurisdicional em matéria administrativa. Não cabe ao magistrado ante o silêncio administrativo substituir a Administração Pública e deferir a pretensão do administrado quando a atuação daquela for exclusivamente discricionária, essa margem de execução da atividade administrativa é insindicável pelo Poder Judiciário. O controle judicial nessas ocasiões deve se restringir, uma vez acionado, a exigir do gestor público motivação expressa quanto à denegação tácita do pleito formulado pelo administrado (CARVALHO, 2008).

O Superior Tribunal de Justiça - STJ tem se manifestado no sentido de que a conduta omissiva da autoridade competente, que deixa transcorrer longo lapso temporal sem processar o pedido do administrado, caracteriza ofensa ao princípio constitucional da eficiência (BRASIL, 2002; BRASIL, 2005).

Tal prejuízo à eficiência administrativa, decorrente da abusiva demora do Poder Público em apreciar o pleito, deve ser corrigido em juízo, normalmente, assinando-se prazo para que a autoridade competente se pronuncie, mantendo-se irrepreensível a noção de insindicabilidade da discricionariedade da atuação administrativa (CARVALHO, 2008).

De toda sorte, a renúncia à liberdade individual, em favor de um terceiro autônomo e dotado de força coercitiva para solucionar conflitos, significou a adoção de um pacto social, que até hoje é o instrumento mais eficaz na promoção do desenvolvimento da sociedade (FRANÇA, 2010).

Contudo, não se pode perder de vista que o objeto de nosso estudo é o controle dos atos administrativos, os quais são dotados de presunção de legitimidade. No entanto, essa presunção deve ser acompanhada de mecanismos que efetivamente garantam essa legitimidade, e que, portanto, possam corrigir aqueles que, porventura, se desviem da legalidade, que deve ser observada por toda a Administração Pública (BASTOS, 2000).

Para Bastos (2000), nem sempre um ato ilegal afeta tão-somente os administrados, às vezes a única prejudicada é a própria a Administração Pública, que tem o poder-dever de anular seus atos quando eivados de vícios insanáveis, ou mesmo revogá-los, quando se tornem inoportunos ou inconvenientes, exercendo a chamada autotutela administrativa.

Assim, o controle dos chamados atos administrativos, assim entendidos como aqueles praticados pela Administração Pública, comporta duas vias de ação: a espontânea, já mencionada como autotutela; e a provocada, quando instada pelos interessados ou administrados, ou seja, por aqueles que sofrem os efeitos dos atos administrativos (BASTOS, 2000).

É um erro imaginar que o exercício desse controle se restringe ao âmbito do Poder Executivo. Em verdade, estende-se aos demais Poderes no desempenho de suas atividades atípicas, porquanto esses também praticam atos administrativos, que se submetem ao chamado controle interno, exercido por órgão interno, inserido na estrutura do órgão a ser controlado (BASTOS, 2000).

Retomando o estudo sobre a viabilidade do controle estatal da Administração Pública, abordar-se-á as três espécies de controle dos atos praticados pela Administração Pública: administrativo, legislativo e judiciário (BASTOS; 2000; FAGUNDES, 2010).

O controle administrativo destaca-se como sendo um autocontrole da Administração Pública, visando corrigir eventuais vícios decorrentes de erro ou omissão na aplicação da lei. Constitui amparo aos interesses do administrado, que os defende por meio de recursos administrativos, observando-se a cadeia hierárquica da Administração Pública, quer dizer, dos seus graus inferiores para os superiores. Como exemplo, cita-se o Conselho de Contribuintes, instituição estatal, criada precipuamente para conhecer e apreciar recursos que digam respeito à

matéria fiscal federal. Esse controle tanto é legítimo, como necessário, que foi pacificado na jurisprudência do Pretório Excelso por meio dos enunciados das súmulas n.ºs. 346 e 473 (BRASIL, 1963; BRASIL, 1969; FAGUNDES, 2010).

Entretanto, apesar de as decisões proferidas pelo Poder Executivo ganharem contornos de eventual decisão jurisdicional, assim não podem ser consideradas, ante a ausência da nota característica de definitividade, apenas presente nas sentenças judiciais (BASTOS, 2000).

Não é exagero invocar o conceito formulado pelo Supremo Tribunal Federal, no julgamento do MS n.º 23.550-1/DF, a respeito do colorido quase-jurisdicional das funções desempenhadas pelo Tribunal de Contas da União, que, apesar de não pertencer ao Poder Executivo, ou a qualquer outro Poder da União, bem exemplifica a carência de definitividade das decisões proferidas por órgãos administrativos (BRASIL, 2001).

Sem embargo, as decisões dos recursos administrativos contra as quais não caibam outros recursos só são imutáveis perante a própria Administração, podendo sim ser revistas pelo Poder Judiciário, quando provocado (BASTOS, 2000).

A justificativa se funda no sistema de jurisdição uniautoritário adotado pelo Brasil, consoante expressamente prescreve o art. 5, inc. XXXV, da Lei Maior, que inadmite que qualquer ameaça ou lesão a direito seja afastada de apreciação pelo Poder Judiciário. Dessa forma, resta esvaziado o conceito de coisa julgada administrativa, que só tem lugar nos países que adotaram o sistema francês de jurisdição, onde vigora o contencioso administrativo, sobre o qual aborda-se-á mais adiante, e que confere definitividade às decisões administrativas (BASTOS, 2000).

Para o mestre José dos Santos Carvalho Filho (2005), há que se distinguir o instituto da coisa julgada administrativa da coisa julgada no âmbito do Poder Judiciário, esta última comumente conhecida, simplesmente, como coisa julgada.

A semelhança entre os institutos está longe de significar igualdade. A coisa julgada trata da imutabilidade da prestação jurisdicional, quando entregue definitivamente. Em outras palavras, é a decisão definitiva contra a qual não mais cabe a interposição de quaisquer recursos judiciais, ou ainda quando o comando que emerge da parte dispositiva da sentença de mérito não mais se sujeita a recurso

ordinário ou extraordinário, nem à remessa necessária (CARVALHO FILHO, 2005; NERY JUNIOR, 2009).

Tal efeito da coisa julgada decorre do sistema de jurisdição brasileiro, que só admite o exercício da função jurisdicional para os órgãos do Poder Judiciário, ou, de forma atípica e excepcional, para o Poder Legislativo, nas hipóteses elencadas na Constituição da República (CARVALHO FILHO, 2005).

Assim, resta evidente que a coisa julgada administrativa, por resultar da deliberação de órgãos estranhos a estrutura do Poder Judiciário, padece de um atributo que bem caracteriza a coisa julgada, a definitividade (CARVALHO FILHO, 2005).

Diz com propriedade que a definitividade da coisa julgada administrativa é relativa, porquanto garante a irretratabilidade da decisão administrativa dentro da mesma via na qual a matéria foi discutida, ou seja, perante a própria Administração. Contudo, o esgotamento da via recursal administrativa não impede que a discussão seja retomada perante o Poder Judiciário, que, uma vez provocado, pode anular ou até mesmo reformar a decisão administrativa impugnada. Exatamente nesse ponto é que o controle judicial da coisa julgada administrativa se afigura redundante, pois submete-se à novo exame a matéria já decidida na instância administrativa (CARVALHO FILHO, 2005).

Já o controle legislativo, caracteriza-se como essencialmente político e restrito, amparando diretamente interesses coletivos, relacionados mormente à fiscalização da execução financeira das leis orçamentárias, que em última instância almejam a promoção do bem-comum da sociedade. Para o desempenho dessa modalidade de controle, ganha relevo o auxílio prestado ao Congresso Nacional pelo Tribunal de Contas da União, Corte administrativa de estatura constitucional, cujas decisões, também administrativas, padecem da mesma ausência de definitividade, característica das decisões emanadas dos órgãos do Poder Executivo. Significa dizer que as decisões proferidas pelos Tribunais de Contas também se submetem a ulterior apreciação pelo Poder Judiciário (BASTOS, 2000; BRASIL, 1988; FAGUNDES, 2010).

Especificamente sobre controle jurisdicional ou judiciário concentrarei meus esforços no sentido de explicar seu funcionamento, vantagens e limitações, inclusive

comparando-o com o sistema de jurisdição misto adotado por alguns países europeus.

O controle jurisdicional das atividades administrativas dá-se diante de situações contenciosas entre a Administração e o administrados, nas quais se faz necessária a atuação do Poder Judiciário, para pacificar conflitos em torno de uma situação jurídica, devendo este, ao fim e ao cabo, definir e precisar a quem assiste a razão (FAGUNDES, 2010).

É certo que, se o Poder Judiciário foi demandado para resolver um conflito entre Administração e administrado, os fenômenos executórios saem do alcance da Administração, devolvendo-se ao órgão jurisdicional, que dirimirá quaisquer conflitos pela via interpretativa, inclusive praticando os atos necessários à conclusão do processo executório (FAGUNDES, 2010).

Não se duvida que a Administração, antes de se colocar em pé de igualdade com o administrado perante o Estado-juiz, não raras vezes abusa e viola direitos dos administrados. Assim, o controle jurisdicional é instrumento de proteção do indivíduo perante a Administração (FAGUNDES, 2010).

Fagundes (2010) lança luzes também sobre o fato de que, em países cujo regime é o parlamentarismo, o controle jurisdicional dos atos administrativos é menos relevante do que aquele observado em países onde vigora o presidencialismo, pois há intenso e rigoroso controle do Parlamento sobre as atividades administrativas, que tem lugar, quer pela tradição nacional, como acontece na Inglaterra, quer por se tratar de mandamento constitucional, como no caso da Irlanda, da Suíça, quer ainda por ambos motivos, como na França. Nesses países, há notável equilíbrio funcional dos poderes públicos e eficaz limitação ao Poder Executivo, sem que haja a exclusão do controle jurisdicional.

Em contraponto a esse forte controle do Legislativo sobre a Administração Pública, que praticamente age sob a orientação do Parlamento, nos países de regime presidencialista, como o Brasil, o Poder Executivo se coloca acima do controle legislativo, exigindo, portanto, atuação significativa do controle jurisdicional, como forma de limitar os desvios da Administração Pública (FAGUNDES, 2010).

Para Fagundes (2010), o modelo inglês de jurisdição é melhor que o modelo francês, ou de jurisdição mista, porquanto o exercício da função jurisdicional

exclusivamente pelo Poder Judiciário garante a necessária separação de poderes, estabelecendo a reciprocidade de controle. Além disso, aduz que os interesses dos administrados só estarão realmente protegidos, se submetidos ao Poder Judiciário. Conferir aos membros dos Tribunais Administrativos as mesmas garantias dos magistrados também não se afigura solução, pois, uma vez feita a equiparação, a distinção entre os Tribunais Administrativos e Comuns seria simplesmente de denominação, em outras palavras, estar-se-ia criando outro Tribunal especializado, assim como no Brasil hoje encontramos para as matérias de cunho trabalhista, eleitoral e militar. A separação da Administração em ativa e contenciosa, conferindo a esta última a tarefa de rever os atos do Poder Executivo também não inspira confiança, vez que essa divisão metódica de atribuições não tem o condão de imunizar esse corpo especializado da influência direta da Administração ativa.

Do exposto, chega-se à conclusão que a Administração Pública deve se curvar à ordem jurídica, sujeitando suas atividades a um tríplice sistema de controle: administrativo, legislativo e jurisdicional. Em alguns países europeus, por influência do modelo francês, vigora o sistema de jurisdição dúplice, em que as situações contenciosas administrativas não se submetem, ou se submetem de maneira bem reduzida, à revisão por parte do Poder Judiciário. No Brasil, essa última espécie de controle é a que assegura de maneira eficaz proteção ao administrado em face da Administração Pública, de forma definitiva (FAGUNDES, 2010).

Também é de meridiana clareza que, em razão de as decisões proferidas pela Administração não produzirem efeitos de coisa julgada administrativa, há sempre a possibilidade de os atos praticados pela Administração Pública sujeitarem à revisão pelo Poder Judiciário, em respeito à garantia constitucional da inafastabilidade da prestação jurisdicional, que, por sua vez, só sobrevive por meio do direito fundamental de ação (BASTOS, 2000; FRANÇA, 2010).

E é exatamente essa ausência de definitividade das decisões administrativas que acarreta a redundância da prestação jurisdicional em matéria administrativa. O que, para alguns, é considerado um desperdício de esforços, para outros, significa a garantia de imparcialidade no julgamento e manutenção do próprio Estado Democrático de Direito, desde que observados os limites da atuação jurisdicional sobre a atuação ou da omissão administrativa, evitando assim ofensa ao princípio da separação dos Poderes (CARVALHO, 2008).

### 3 ESTUDO DE PRECEDENTES JUDICIAIS EM MATÉRIA ADMINISTRATIVA

#### 3.1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

A terceira e última etapa de nosso estudo abrange a análise de alguns precedentes julgados pela Suprema Corte em matéria administrativa em que se denota de forma clara algumas idiossincrasias, bem como o suprimento, mediante interpretação, de algumas lacunas.

Não se pretende, por óbvio, se esgotar o tema, e sim destacar que a redundância, em alguns casos, não necessariamente revela-se prejudicial, pois a norma constitucional admite múltiplas interpretações, exigindo do intérprete a solução que melhor se adéqua aos anseios da sociedade.

#### 3.2 CASO N.º 1 – MS 24.781 – TERMO INICIAL DA CONTAGEM DO PRAZO DECADENCIAL PARA APRECIÇÃO DA LEGALIDADE DE ATOS SUJEITOS A REGISTRO PELO TCU

Examina-se na oportunidade o julgamento do MS 24781, de relatoria da Ministra Ellen Gracie, publicado em DJ 27/02/2004, cuja ementa se reproduz a seguir:

***“Mandado de Segurança. 2. Acórdão da 2ª Câmara do Tribunal de Contas da União (TCU). Competência do Supremo Tribunal Federal. 3. Controle externo de legalidade dos atos concessivos de aposentadorias, reformas e pensões. Inaplicabilidade ao caso da decadência prevista no art. 54 da Lei 9.784/99. 4. Negativa de registro de aposentadoria julgada ilegal pelo TCU. Decisão proferida após mais de 5 (cinco) anos da chegada do processo administrativo ao TCU e após mais de 10 (dez) anos da concessão da aposentadoria pelo órgão de origem. Princípio da segurança jurídica***

**(confiança legítima). Garantias constitucionais do contraditório e da ampla defesa. Exigência. 5. Concessão parcial da segurança.**

*I – Nos termos dos precedentes firmados pelo Plenário desta Corte, não se opera a decadência prevista no art. 54 da Lei 9.784/99 no período compreendido entre o ato administrativo concessivo de aposentadoria ou pensão e o posterior julgamento de sua legalidade e registro pelo Tribunal de Contas da União – que consubstancia o exercício da competência constitucional de controle externo (art. 71, III, CF).*

*II – A recente jurisprudência consolidada do STF passou a se manifestar no sentido de exigir que o TCU assegure a ampla defesa e o contraditório nos casos em que o controle externo de legalidade exercido pela Corte de Contas, para registro de aposentadorias e pensões, ultrapassar o prazo de cinco anos, sob pena de ofensa ao princípio da confiança – face subjetiva do princípio da segurança jurídica. Precedentes.*

*III – Nesses casos, conforme o entendimento fixado no presente julgado, o prazo de 5 (cinco) anos deve ser contado a partir da data de chegada ao TCU do processo administrativo de aposentadoria ou pensão encaminhado pelo órgão de origem para julgamento da legalidade do ato concessivo de aposentadoria ou pensão e posterior registro pela Corte de Contas.*

*IV – Concessão parcial da segurança para anular o acórdão impugnado e determinar ao TCU que assegure ao impetrante o direito ao contraditório e à ampla defesa no processo administrativo de julgamento da legalidade e registro de sua aposentadoria, assim como para determinar a não devolução das quantias já recebidas.*

*V – Vencidas (i) a tese que concedia integralmente a segurança (por reconhecer a decadência) e (ii) a tese que concedia parcialmente a segurança apenas para dispensar a devolução das importâncias pretéritas recebidas, na forma do que dispõe a Súmula 106 do TCU.”*

Recentemente, tendo o Ministro Gilmar Mendes, como redator para o Acórdão publicado em 2/3/2011, a Corte Suprema manifestou-se no sentido de que o termo a *quo* do prazo de 5 anos para que o Tribunal de Contas da União - TCU examine a legalidade dos atos concessivos de aposentadorias, reformas e pensões, conta-se a partir da data de chegada do processo administrativo na própria Corte de Contas.

Essa foi a conclusão do Plenário que, em votação majoritária, concedeu parcialmente mandado de segurança para, cassada a decisão do TCU, assegurar ao impetrante o contraditório e a ampla defesa no julgamento da legalidade e registro de sua aposentadoria.

Tratava-se, na espécie, de *writ* impetrado contra decisão daquele tribunal que, por reputar ilegal uma das três aposentadorias do impetrante, com recusa do registro, determinara a suspensão do benefício e a restituição das importâncias recebidas. Considerou-se o fato de que o impetrante estaria recebendo o benefício de aposentadoria há mais de 10 anos quando do seu cancelamento. Aduziu-se que, no caso, ter-se-ia a anulação do benefício, sem que oportunizada a possibilidade de

defesa. Enfatizou-se, ainda, não constar dos autos informação relativa à má-fé do impetrante, de modo a não se poder inferir que ele tivesse conhecimento da precariedade do ato praticado pelo órgão público. Consignou-se, por fim, a não devolução das quantias já recebidas. Vencidos os Ministros Ellen Gracie, relatora, Dias Toffoli e Marco Aurélio, que concediam a ordem apenas para isentar o impetrante da devolução dos valores, e Cezar Peluso, Presidente, que a concedia totalmente por reconhecer a decadência (BRASIL, 2011).

Neste julgado, mediante interpretação do STF, reconheceu-se que a contagem do prazo decadencial de 5 anos, para exame de atos sujeitos a registro pelo Tribunal de Contas da União, inicia-se a partir da abertura do processo administrativo no TCU e não a partir da edição, pela Administração Pública, do ato concessivo da pretendida aposentadoria. Tal detalhe, à primeira vista, considerado de secundária importância, faz toda a diferença para o órgão encarregado de exercer a função judicante que lhe foi conferida pelo texto constitucional, nos termos do artigo 71, inciso III.

Dessa forma, o STF, ao interpretar essa norma constitucional, precisou esse momento, pondo fim ao litígio decorrente da lacuna deixada pelo legislador constituinte.

### **3.3 CASO N.º 2 – MS 25.403 – OBSERVÂNCIA DA AMPLA DEFESA E CONTRADITÓRIO**

Outro julgado que merece destaque diz com a compulsória observância das garantias constitucionais da ampla defesa e do contraditório, para apreciação de atos concessivos de aposentadoria, reforma ou pensão, editados há mais de 5 anos.

O Plenário do STF julgou o MS 25403, de relatoria do Ministro Carlos Ayres Britto, DJe-027, publicado em 10/2/2011, cuja ementa transcreve-se *in litteris*:

*“EMENTA: MANDADO DE SEGURANÇA. ATO DO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. COMPETÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ILEGITIMIDADE DO COORDENADOR-GERAL DE RECURSOS HUMANOS DO MINISTÉRIO DOS TRANSPORTES. NEGATIVA DE REGISTRO A PENSÃO. PRINCÍPIO DA SEGURANÇA JURÍDICA. GARANTIAS CONSTITUCIONAIS DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA. 1. O Coordenador-Geral de Recursos Humanos do Ministério dos Transportes é parte ilegítima para figurar no pólo passivo da*

*ação mandamental, dado que é mero executor da decisão emanada do Tribunal de Contas da União. 2. A inércia da Corte de Contas, por mais de cinco anos, a contar da pensão, consolidou afirmativamente a expectativa de pensionista quanto ao recebimento de verba de caráter alimentar. Esse aspecto temporal diz intimamente com: a) o princípio da segurança jurídica, projeção objetiva do princípio da dignidade da pessoa humana e elemento conceitual do Estado de Direito; b) a lealdade, um dos conteúdos do princípio constitucional da moralidade administrativa (caput do art. 37). São de se reconhecer, portanto, certas situações jurídicas subjetivas ante o Poder Público, mormente quando tais situações se formalizam por ato de qualquer das instâncias administrativas desse Poder, como se dá com o ato formal de aposentadoria. 3. A manifestação do órgão constitucional de controle externo há de se formalizar em tempo que não desborde das pautas elementares da razoabilidade. Todo o Direito Positivo é permeado por essa preocupação com o tempo enquanto figura jurídica, para que sua prolongada passagem em aberto não opere como fator de séria instabilidade intersubjetiva ou mesmo intergrupar. A própria Constituição Federal de 1988 dá conta de institutos que têm no perfazimento de um certo lapso temporal a sua própria razão de ser. Pelo que existe uma espécie de tempo constitucional médio que resume em si, objetivamente, o desejado critério da razoabilidade. Tempo que é de cinco anos (inciso XXIX do art. 7º e arts. 183 e 191 da CF; bem como art. 19 do ADCT). 4. O prazo de cinco anos é de ser aplicado aos processos de contas que tenham por objeto o exame de legalidade dos atos concessivos de aposentadorias, reformas e pensões. Transcorrido in albis o interregno quinquenal, a contar da pensão, é de se convocar os particulares para participarem do processo de seu interesse, a fim de desfrutar das garantias constitucionais do contraditório e da ampla defesa (inciso LV do art. 5º). 5. Segurança concedida.”*

É de se notar que, nessa decisão, a atuação da Suprema Corte reforçou a necessidade de se respeitar o princípio da segurança jurídica, proteção objetiva do princípio da dignidade da pessoa humana, conferindo efetividade às garantias constitucionais da ampla defesa e do contraditório, por meio de sua interpretação, que culminou com a anulação da decisão proferida pela Corte de Contas Federal, escolhendo, dentre as alternativas, aquela que geraria a menor tensão social.

Nesse julgado, o STF evidenciou seu papel como instituição, efetivamente alinhada ao paradigma do Estado Constitucional, concretizadora dos direitos fundamentais.

### **3.4 CASO N.º 3 – MS 26.210 – IMPRESCRITIBILIDADE DAS AÇÕES DE RESSARCIMENTO**

A Corte Suprema, por votação majoritária, indeferiu mandado de segurança impetrado contra decisão do Tribunal de Contas da União - TCU que condenara a

impetrante a pagar determinado montante, a título de devolução de valores, em decorrência do descumprimento da obrigação de retornar ao País após o término da concessão da sua bolsa de estudos no exterior. Segue-se ementa desse julgado, de relatoria do Ministro Ricardo Lewandowski, publicado em 10/10/2008:

*EMENTA: MANDADO DE SEGURANÇA. TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. BOLSISTA DO CNPq. DESCUMPRIMENTO DA OBRIGAÇÃO DE RETORNAR AO PAÍS APÓS TÉRMINO DA CONCESSÃO DE BOLSA PARA ESTUDO NO EXTERIOR. RESSARCIMENTO AO ERÁRIO. INOCORRÊNCIA DE PRESCRIÇÃO. DENEGAÇÃO DA SEGURANÇA. I - O beneficiário de bolsa de estudos no exterior patrocinada pelo Poder Público, não pode alegar desconhecimento de obrigação constante no contrato por ele subscrito e nas normas do órgão provedor. II - Precedente: MS 24.519, Rel. Min. Eros Grau. III - Incidência, na espécie, do disposto no art. 37, § 5º, da Constituição Federal, no tocante à alegada prescrição. IV - Segurança denegada.*

O beneficiário de bolsa de estudos no exterior, às expensas do Poder Público, não pode alegar o desconhecimento de obrigação prevista em ato normativo do órgão provedor, e de que o custeio dessas bolsas de estudo é justificável na medida em que ao País sejam acrescidos os frutos resultantes do aprimoramento técnico-científico dos nacionais beneficiados. Dessa forma, na linha da orientação fixada no MS 24.519/DF (DJU de 2.12.2005), entendeu-se não haver direito líquido e certo da impetrante.

Considerou-se que, no momento em que solicitara a bolsa de estudos para o exterior, e preencheria o formulário com essa finalidade, que tem natureza contratual, assumira o compromisso de cumprir com os deveres a ela atribuídos em razão dessa concessão, dentre os quais o de retornar ao Brasil quando concluísse o curso de doutorado, sob pena de ressarcir os recursos públicos que recebera (Resolução 114/91, item 3 e Resolução Normativa 5/87, item 5.7).

Afastou-se, também, a apontada prescrição, ao fundamento de incidir, na espécie, o disposto na parte final do art. 37, § 5º, da CF (“A lei estabelecerá os prazos de prescrição para ilícitos praticados por qualquer agente, servidor ou não, que causem prejuízos ao erário, ressalvadas as respectivas ações de ressarcimento.”).

O Ministro Cezar Peluso fez ressalva quanto à interpretação do art. 37, § 5º, da CF, por julgar estar-se diante de uma exceção, a ser interpretada restritivamente, à previsão de prescrição para ilícitos, que não se aplicaria ao caso, por não haver

ilícito. Reputou, entretanto, não configurado o caso típico de prescrição, podendo a matéria ser rediscutida na ação própria de cobrança. Vencido o Ministro Marco Aurélio que concedia a ordem por vislumbrar a ocorrência da prescrição.

Portanto, ainda que por decisão não unânime, o STF interpretou literalmente o preceito constitucional que versa sobre a imprescritibilidade das ações de ressarcimento, sujeitando os cidadãos, de forma perpétua, ao dever de ressarcir.

É certo que esse dever, porquanto não constitui sanção, não se confunde com uma pena de caráter perpétuo, vedada constitucionalmente, mas engana-se que sujeitar aquele que causa algum prejuízo ao erário à cobrança, por prazo indefinido, não configura ofensa ao princípio da razoabilidade e da própria dignidade da pessoa humana.

Dessa forma, o STF ao decidir pela imprescritibilidade das ações de ressarcimento, defende a literalidade do texto constitucional, conferindo interpretação que privilegia a estrita legalidade em detrimento de garantir a dignidade da pessoa humana, direito fundamental insculpido na própria Constituição Federal.

### **3.5 CASO N.º 4 – MEDIDA CAUTELAR NO MS 29.123 – CONTROLE DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDADE PELOS TRIBUNAIS DE CONTAS**

Em resumo, a questão debatida refere-se à possibilidade de a Petróleo Brasileiro S. A. - Petrobras se valer de seu regulamento próprio e simplificado de licitações e contratos, aprovado pelo Decreto n.º 2.745, de 1998, que regula o mandamento disposto no art. 67 da Lei n.º 9.478, de 1998, em oposição aos rigores da Lei n.º 8.666, de 1993, que estatui as normas gerais para licitar e contratar com a Administração Pública.

Sem dúvida, por ser sociedade de economia mista federal, sujeita-se ao regime de direito privado das empresas, e, como tal, não suporta as exigências impostas aos demais órgãos da Administração Pública que não exploram atividade econômica, pela simples razão de que tal fato constituir verdadeiro obstáculo, intransponível à sua atividade comercial.

O TCU, por força do enunciado da Súmula n.º 347/STF, que lhe permite, no exercício de suas atribuições, apreciar a constitucionalidade das leis e atos do Poder Público, entendeu que a Lei n.º 9.478, de 1997, e o referido decreto que a regulamenta são inconstitucionais, devendo as licitações e contratações da Petrobras submeterem-se às exigências da Lei n.º 8.666, de 1993.

O TCU julgou improcedentes diversos recursos administrativos opostos pela entidade jurisdicionada. Inconformada, a Petrobras impetrou mandado de segurança com pedido de liminar contra a decisão exarada pelo TCU, que a compelia observar as regras contidas na Lei n.º 8.666, de 1993, para suas aquisições de bens e serviços.

Em apertada síntese, alegou que a Súmula n.º 347/STF, editada em 1963, baseava-se na competência constitucional atribuída ao TCU pelo art. 77 da Constituição de 1946, que há muito foi revogado, não cabendo a disposição do Regimento Interno da Corte de Contas Federal sobrepor-se à Lei Maior. Ademais, a inaplicação do regulamento próprio de licitações e contratos colide com o princípio de presunção de constitucionalidade das leis e da legalidade dos atos da Administração até que sobrevenha decisão judicial em contrário, revelando-se insuficiente a opinião do TCU, a quem, segundo a entidade jurisdicionada, compete apenas julgar a regularidade das contas.

O Ministro Gilmar decidiu pela plausibilidade jurídica do pedido da medida liminar, sustentando sua posição, quanto à submissão legal da Petrobras a um regime peculiar de licitação, na relativização do monopólio do petróleo trazida pela EC n.º 9/95, ocasião em que a entidade jurisdicionada ao TCU passou a exercer a atividade econômica de exploração do petróleo em regime de livre competição com as empresas privadas concessionárias da atividade, que não estão submetidas às regras rígidas de licitação e contratação da Lei n.º 8.666, de 1993.

Aduziu que a livre concorrência pressupõe a igualdade de condições entre os concorrentes. Assim, a declaração de inconstitucionalidade, pelo Tribunal de Contas da União, do art. 67 da Lei n.º 9.478/97, e do Decreto n.º 2.745/98, parece estar em confronto com normas constitucionais, que traduzem o princípio da legalidade, as que delimitam as competências do TCU, dispostas no art. 71, assim como aquelas que conformam o regime de exploração da atividade econômica do petróleo, estabelecidas no art. 177.

No que respeita à aplicação da súmula referenciada, o Ministro Gilmar Mendes defendeu que o contexto em que a regra sumular foi enunciada era completamente diferente do atual. Isso porque até o advento da Emenda Constitucional n° 16, de 1965, que introduziu em nosso sistema o controle abstrato de normas, admitia-se como legítima a recusa, por parte de órgãos não-jurisdicionais, à aplicação da lei considerada inconstitucional.

Todavia, complementando seu raciocínio, a Constituição Federal de 1988 introduziu uma mudança radical no nosso sistema de controle de constitucionalidade, consubstanciada na ampliação da legitimados a provocar o STF, no âmbito do processo de controle abstrato de normas, restringindo, conseqüentemente, a amplitude do controle incidental de constitucionalidade.

Dessa forma, segundo ele, a evolução do sistema de controle de constitucionalidade no Brasil evidencia a necessidade de se rever o conteúdo da citada súmula, o que, inevitavelmente, afastaria o controle difuso de constitucionalidade de leis e atos do poder público da alçada do TCU, afetando diretamente suas decisões baseadas nessa regra sumular.

Por ora, o Ministro Gilmar limitou-se a deferir o pedido de liminar formulado pela impetrante, suspendendo os efeitos das decisões do TCU (Acórdãos n.ºs 859/2010, 405/2010 e 346/2007).

## **CONCLUSÃO**

O estudo comparado entre o modelo de jurisdição brasileiro, conhecido como de jurisdição una, e o modelo francês, conhecido como de jurisdição mista, permitiu evidenciar algumas vantagens e desvantagens de um sistema sobre o outro.

A principal vantagem do sistema de jurisdição francês é a definitividade conferida às decisões administrativas, eliminando a redundância, principal característica do sistema de jurisdição inglês.

Sem embargo, o caso francês é peculiar, não só pela evolução histórica de sua sociedade, mas também em razão de o Conselho de Estado, como órgão de cúpula no deslinde de litígios de natureza administrativa, não estar inserido na estrutura do Poder Judiciário, ou estar subordinado hierarquicamente ao Poder

Executivo francês, algo que poderia comprometer sua imparcialidade (LAUBADÈRE, 1996).

Assim, conclui-se que o sistema do contencioso administrativo francês apresenta como vantagem o exame de conflitos de natureza administrativa por uma Justiça Especializada em litígios administrativos, além de evitar o reexame por outros órgãos da chamada Justiça Judiciária.

Em contrapartida, a crítica a esse sistema reside na parcialidade dessa Justiça, posto que perante a Justiça Administrativa o Estado é parte e ao mesmo tempo juiz do conflito (CARVALHO FILHO, 2005).

No entanto, não se pode olvidar que a análise dos sistemas de jurisdição necessariamente diz com o regime de governo.

Como bem anotado por Fagundes (2010), em países cujo regime é o parlamentarismo, o controle jurisdicional dos atos administrativos é menos relevante do que aquele observado em países onde vigora o presidencialismo, pois há intenso e rigoroso controle do Parlamento sobre as atividades administrativas. Nesses países, prepondera equilíbrio funcional dos poderes públicos e eficaz limitação ao Poder Executivo, sem que haja a exclusão do controle jurisdicional.

Entretanto, nos países onde vigora o regime de governo presidencialista, como o Brasil, o Poder Executivo se coloca acima do controle legislativo, exigindo, portanto, atuação significativa do controle jurisdicional, como forma de limitar os desvios da Administração Pública (FAGUNDES, 2010).

Assim, nos países onde vigora o sistema de jurisdição inglês, a redundância da prestação jurisdicional em matéria administrativa decorre da ausência de definitividade das decisões administrativas. Não se trata de desperdício de esforços, e sim a garantia de imparcialidade no julgamento e manutenção do próprio Estado Democrático de Direito, desde que observados os limites da atuação jurisdicional sobre a atuação ou da omissão administrativa, evitando assim ofensa ao princípio da separação dos Poderes (CARVALHO, 2008).

Como pôde se depreender da análise dos precedentes julgados pela Corte Maior, a redundância da prestação jurisdicional em sede de matéria administrativa nem sempre se afigura prejudicial.

Por vezes, o retrabalho, o “dizer o direito” mais uma vez, em sede de litígios administrativos, também não se traduz redundante. Em verdade, o Poder Judiciário, ao se imiscuir na chamada jurisdição administrativa, muitas vezes supre lacunas legislativas, as quais obstaculizam a efetivação dos direitos fundamentais, objetivo precípua do Estado dito Constitucional.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BASTOS, Celso Ribeiro. Controle da Administração. In: \_\_\_. *Curso de Direito Administrativo*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2000, cap. 15, p. 318 - 343.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira Baracho. Teoria Geral da Jurisdição. In: \_\_\_. *Processo Constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 1984. p. 74-115.

BONAVIDES, Paulo. A separação de poderes. In: \_\_\_. *Ciência Política*. 10 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2003. p. 134-148.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Súmula 346. A Administração Pública pode declarar a nulidade de seus próprios atos. Brasília, 1963. Disponível em: <[http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaSumula&pagina=sumula\\_301\\_400/](http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaSumula&pagina=sumula_301_400/)>. Acesso em 14 set 2010.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Súmula 473. A Administração pode anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornam ilegais, porque deles não se originam direitos; ou revogá-los, por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos, e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial. Brasília, 1969. Disponível em: <[http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaSumula&pagina=sumula\\_401\\_500/](http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaSumula&pagina=sumula_401_500/)>. Acesso em 14 set 2010.

BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, 1988. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/legislacao/const/>>. Acesso em 15 set 2010.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança n.º 23.550-1, Impetrante: Poli Engenharia Ltda.. Impetrado: Presidente do Tribunal de Contas da União. Relator para o Acórdão: Ministro Sepúlveda Pertence. Tribunal Pleno. Brasília, DF, 31 de outubro de 2001.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. *Resolução n.º 155, de 4 de dezembro de 1992*. Aprova o Regimento Interno do Tribunal de Contas da União. Brasília, 2002. Disponível em: <<http://www.tcu.gov.br>>. Acesso em: 20 abril 2011.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Mandado de Segurança n.º 7.765-DF, rel. Min. Paulo Medina, 1.ª Seção do STJ, DJU de 14/10/2002. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=7765&&b=ACOR&p=true&t=&l=10&i=19>>. Acesso em 9 nov 2010.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp n.º 690.819-RS, Relator: Ministro José Delgado, 1.ª Turma do STJ, julgado em 22/2/2005. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=+690819&&b=ACOR&p=true&t=&l=10&i=3>>. Acesso em 10 nov 2010.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Informativo n.º 618. Termo inicial do prazo para registro de aposentadoria. Publicado em 4/3/2011. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo618.htm>>. Acesso em 4 jul 2011.

CARVALHO, Raquel Melo Urbano de. Controle Judicial dos Comportamentos Públicos. In: \_\_\_. *Curso de Direito Administrativo*. 1. ed. Salvador: Juspodivm, 2008, cap. 35, p. 563 - 646.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. Controle da Administração Pública. In: \_\_\_. *Manual de Direito Administrativo*. 14. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, cap. 15, p. 753 - 870.

CORREA, Oscar Dias. *A Crise da Constituição, a Constituinte e o Supremo Tribunal Federal*. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1986.

CUNHA, Sérgio Sérvulo da. Fisiologia Constitucional. In: \_\_\_. *Fundamentos do Direito Constitucional: constituição, tipologia constitucional, fisiologia constitucional*. 1 ed. São Paulo: Saraiva, 2004, cap. 6, p. 186/187.

ENTERRIA, Eduardo Garcia de. *Problemas del Derecho Público al Comienzo de Siglo*. Madrid: Civitas, 2001.

FAGUNDES, Miguel Seabra. Do Controle Jurisdicional da Administração Pública. In: \_\_\_. *O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário*. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010, cap. 3, p. 113 - 209.

FRANÇA, Lei n.º 16, Paris, 1790.

FRANÇA, Phillip Gil. Controle do Estado: A prestação da efetiva e adequada tutela jurisdicional. In: \_\_\_. *O controle da Administração Pública: tutela jurisdicional, regulação econômica e desenvolvimento*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, cap. 2, p. 41 - 79.

HÄBERLE, Peter. *El estado constitucional*, trad. Hector Fix-Fierro. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2003.

LAUBADÈRE, André de. *Manuel de Droit Administratif*. Paris: Libraire Générale de Droit et de Jurisprudence, 1955.

LAUBADÈRE, André de; VENEZIA, Jean-Claude; GAUDEMET, Yves. *Traité de Droit Administratif*, 14. ed. Paris: Libraire Générale de Droit et de Jurisprudence, 1996.

MARQUES, José Frederico. *A reforma do Poder Judiciário*. São Paulo: Saraiva, 1979.

MEDAUAR, Odete. *A processualidade no Direito Administrativo*. 2. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

MONTESQUIEU. *L'esprit des lois*. 1748.

NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios do processo na Constituição Federal: Processo Civil, Penal e Administrativo*. 9. ed. São Paulo: Revista Dos Tribunais, 2009.

LUÑO, Antonio Enrique Pérez. La universalidade de los derechos humanos y el Estado constitucional. 1. ed. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2002.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 139.

SEGADO, Francisco Fernández. *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales*. Trad. Joaquín Brage Camazano. Madrid : Editorial Dykinson, 2003.

SILVA, Vasco Manuel Pascoal Dias Pereira da. *Em busca do Ato Administrativo Perdido*. Coimbra: Almedina, 2003, p. 30.

SILVA, Christine Oliveira Peter da. *O Supremo Tribunal Federal e a concretização dos direitos fundamentais*. In: SILVA, Christine Oliveira Peter da; CARNEIRO, Gustavo Ferraz Sales (Coord.). *Controle de Constitucionalidade e Direitos Fundamentais estudos em homenagem ao professor Gilmar Mendes, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010*. 1. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

TAVARES, André Ramos. Direito de Acesso ao Judiciário. In: \_\_\_\_. *Curso de Direito Constitucional*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, cap. 32, p. 637 - 646.

## ANEXOS

### ANEXO A - MS 24781

1. Trata-se de mandado de segurança impetrado contra os Ministros do Tribunal de Contas da União que consideraram ilegal a concessão de aposentadoria do impetrante (acórdão nº 1.958/2003) com a recusa de respectivo registro, determinação de suspensão do benefício e restituição das importâncias recebidas. 2. O impetrante alega que: a) se aposentou em duas funções de médico e uma outra de professor, respectivamente, pelo INANPS, INSS e UFPB, nos anos de 1992, 1992, 1991; b) já havia ocorrido decadência com relação à possibilidade de julgamento da validade ou não de sua aposentadoria; c) não pode prevalecer o argumento de proibição constitucional à concessão de duas aposentadorias nos cargos de médico em razão do direito adquirido; d) não foi oferecida oportunidade para ampla defesa, contraditório e não foi atendido o devido processo legal pelo Tribunal de Contas da União; e) socorre o impetrante o direito líquido e certo, especialmente com ênfase no art. 19 do ADCT que lhe concedeu a estabilidade. f) estão evidentes o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*, este último, diante dos problemas de ordem financeira que o impetrante tem enfrentado, comprometimento de sua sobrevivência, gastos com alimentos, remédios moradia e outros compromissos até aqui honrados com dificuldades; g) ainda que viesse a ser reconhecida a falta de direito à aposentadoria é impossível a determinação de devolução dos valores já recebidos na forma da jurisprudência. 3. Nas informações, a autoridade impetrada sustenta: a) a inaplicabilidade da prescrição quinquenal prevista na lei 9.784/99, no âmbito do TCU; b) a não aplicação dos princípios do contraditório e da ampla defesa, em processo de servidor de órgão destinatário de determinação proferida pelo TCU, como reconhecida pela jurisprudência do STF (RE 163.330 e MS 21.449); c) a inexistência de direito adquirido, pois o impetrante possuía apenas expectativa de direito e as aposentadorias ocorreram após o advento da Constituição de 1988 e d) a obrigatoriedade da devolução de valores indevidamente recebidos, independentemente de boa-fé. 4. Das informações prestadas pela autoridade impetrada, verifico que o impetrante, quando da promulgação da Constituição de 1988, não havia completado ainda o tempo necessário à aposentadoria. Por outro lado, o art. 37, XVI da Carta Maior é expresso na proibição de acumulação, salvo nas hipóteses nele previstas. Já o art. 17 do ADCT dispõe que não há direito adquirido contra a Constituição. São razões suficientes para afastar o *fumus boni iuris*. 5. Por outro lado, quanto à ofensa aos princípios da ampla defesa, contraditório e devido processo

*legal, cabe aqui a aplicação do precedente da Segunda Turma quando do julgamento do RE 158.543, rel. Min. Carlos Velloso: "Nos casos que tenho apreciado, em que o tema é ventilado, procuro verificar se o ato administrativo praticado é puramente jurídico ou se envolve ele questões de fato, em que se exige o fazimento de prova. Porque, se o ato é puramente jurídico, envolvendo, simplesmente, a aplicação de normas objetivas, mesmo não tendo sido assegurado o direito de defesa na área administrativa, pode a questão ser examinada em toda sua extensão, no Judiciário, na medida judicial contra o ato apresentada. Neste caso, portanto, não há se falar em prejuízo para o administrado, ou não resulta, do fato de não ter sido assegurada a defesa, na área administrativa, qualquer prejuízo, dado que a questão, repito, pode ser examinada em toda sua extensão, judicialmente." 6. Indefiro, pois, a concessão da medida liminar. Abra-se vista ao Ministério Público Federal. Publique-se. Brasília, 17 de fevereiro de 2004. Ministra Ellen Gracie Relatora."*

## **ANEXO B - MEDIDA CAUTELAR NO MS 29213**

Cuida o precedente de liminar concedida em sede do MS 29.213, relatado pelo Ministro Gilmar Mendes, julgado em 2/9/2010 e publicado em 9/9/2010, cuja decisão transcreve-se a seguir:

*“DECISÃO: Trata-se de mandado de segurança, com pedido de medida liminar, impetrado por Petróleo Brasileiro S.A. – Petrobrás, contra ato do Tribunal de Contas da União - TCU, consubstanciado em decisão que determinou à impetrante e seus gestores que se abstenham de aplicar o Regulamento de Procedimento Licitatório Simplificado, aprovado pelo Decreto n° 2.745, de 24.8.1998, do Exmo. Sr. Presidente da República. Consta da petição inicial que o TCU, ao analisar o processo TC n° 006.846/2004-3, em que apreciou Auditoria realizada no âmbito do Fiscobras/2004, impôs determinações à Petrobrás, “dentre elas, a adequação de suas futuras contratações às normas estabelecidas pela Lei n° 8.666/93 (item 9.3.3 do Acórdão n° 346/2007 – TCU – Plenário)”. Contra essa decisão, a impetrante apresentou Pedido de Reexame, alegando que seus procedimentos de contratação não estariam regulados pela Lei n° 8.666/1993, mas sim pelo Regulamento de Procedimento Licitatório Simplificado aprovado pelo Decreto n° 2.745/1998, do Exmo Sr. Presidente da República, o qual possui lastro legal no art. 67 da Lei n° 9.478/1997. Sustentou, ainda, que o Parecer AC-15, da Advocacia-Geral da União, aprovado pelo Exmo. Sr. Presidente da República, vinculante para a administração pública federal, conclui que a Petrobrás e suas subsidiárias devem se submeter às regras do citado Decreto n° 2.745/1998. Ao analisar o pedido de reexame, o TCU negou-lhe provimento (Acórdão n° 405/2010), com base nos seguintes fundamentos: a) em diversas decisões, entre elas o Acórdão n° 401/2009, o TCU declarou a inconstitucionalidade do art. 67 da Lei n° 9.478/97 e do Decreto n° 2.745/98, determinando que a Petrobrás observasse os ditames da Lei n° 8.666/93; e b) segundo a Súmula 347 do STF, “o Tribunal de Contas, no exercício de suas atribuições, pode apreciar a constitucionalidade das Leis e dos Atos do Poder Público”. A essa decisão, a impetrante opôs embargos de declaração, os quais foram rejeitados pelo TCU (Acórdão n° 859/2010).*

Contra essas decisões do TCU (Acórdãos nºs 346/2007, 405/2010 e 859/2010), a Petrobrás impetra o presente mandado de segurança, alegando que: a) o TCU não possui competência para declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo. A Súmula 347 do STF foi editada em 1963, tendo como base o art. 77 da Constituição de 1946, há muito revogado. A regra do Regimento Interno do TCU, que prevê essa competência, não pode se sobrepor à Constituição; b) a Petrobrás, empresa integrante da Administração Indireta, está submetida ao princípio da legalidade e, portanto, deve cumprir o art. 67 da Lei nº 9.478/97 e o Decreto nº 2.745/98, que permanecem vigentes, e determinam que os contratos celebrados pela impetrante, para aquisição de bens e serviços, serão precedidos de procedimento licitatório simplificado, afastando a aplicação da Lei nº 8.666/93. c) por força do § 1º do art. 40 da LC nº 73/93, a Petrobrás está obrigada a cumprir o Parecer AC-15, da Advocacia-Geral da União, que conclui que “a inaplicação (do Decreto nº 2.745/98) – por alegada inconstitucionalidade do regime simplificado – a todo o Grupo Petrobrás, esbarra no respeito ao princípio da presunção de constitucionalidade das leis e da legalidade dos atos da administração até que sobrevenha decisão judicial em contrário, sendo insuficiente a opinião do TCU, a quem cabe tão só julgar a regularidade das contas”. d) após a Emenda Constitucional nº 9/95, que alterou o § 1º do art. 177 da Constituição, a impetrante passou a atuar na exploração do petróleo em regime de livre concorrência com outras empresas. Com isso, o art. 67 da Lei nº 9.478/97 determinou a submissão da impetrante a um procedimento licitatório simplificado, afastando a aplicação da Lei nº 8.666/93, que estabelece um regime de licitação e contratação inadequado para a atuação da empresa num ambiente de livre competição. No que diz respeito à urgência da pretensão cautelar, a impetrante aponta “as evidentes consequências de ordem econômica e política que serão suportadas não apenas pela Impetrante e seus gestores caso tenham de cumprir imediatamente a decisão atacada, mas também por toda a sociedade” (fl. 10). Assim, a impetrante requer a concessão da medida liminar para suspender a decisão proferida pelo TCU (Acórdão nº 346/2007) no processo TC nº 006.846/2004-3. Passo a decidir tão somente o pedido de medida liminar. Em situação análoga a dos autos, deferi pedido de medida liminar para suspender os efeitos de decisão proferida pelo TCU, nos seguintes termos: **DECISÃO:** Trata-se de mandado de segurança, com pedido de medida liminar, impetrado pela Petróleo Brasileiro S.A. – PETROBRÁS, contra ato do Tribunal de Contas da União, consubstanciado em decisão que determinou à impetrante e seus gestores que se abstenham de aplicar o Regulamento de Procedimento Licitatório Simplificado, aprovado pelo Decreto nº 2.745, de 24/08/1998, do Exmo. Sr. Presidente da República. Consta da petição inicial que o Tribunal de Contas da União, ao apreciar o processo TC nº 008.210/2004-7 (Relatório de Auditoria), determinou que a impetrante (Acórdão nº 1.498/2004): a) justifique, de modo circunstanciado, a aplicação das sanções previstas no art. 87 da Lei nº 8.666/93, garantindo prévia defesa da contratada e mantendo no respectivo processo administrativo os documentos que evidenciem tais procedimentos; b) obedeça ao estabelecido nos arts. 22 e 23 da Lei nº 8.666/93 no que se refere às modalidades de licitação e seus respectivos limites, tendo em vista o valor estimado de contratação (fl. 48). Contra essa decisão, a impetrante interpôs recurso de reexame (fls. 98-105), alegando que seus procedimentos de contratação não estariam regulados pela Lei nº 8.666/93, mas sim pelo Regulamento de Procedimento Licitatório

*Simplificado aprovado pelo Decreto n° 2.745/98, do Exmo. Sr. Presidente da República, o qual possui lastro legal no art. 67 da Lei n° 9.478/97. Sustentou, ainda, que o Parecer AC-15, da Advocacia-Geral da União, aprovado pelo Exmo. Sr. Presidente da República, vinculante para a administração pública federal, conclui que a Petrobrás e suas subsidiárias devem se submeter às regras do citado Decreto n° 2.745/98. Ao analisar o pedido de reexame, o TCU negou-lhe provimento (fls. 29-42), com base nos seguintes fundamentos (Acórdão n° 1.767/2005): a) o Parecer da AGU vincula tão-somente os órgãos do Poder Executivo, não se estendendo ao TCU; b) na Decisão n° 633/2002 (fls. 121-177), o TCU já havia declarado a inconstitucionalidade do art. 67 da Lei n° 9.478/97 e do Decreto n° 2.745/98, determinando que a Petrobrás observasse os ditames da Lei n° 8.666/93; c) segundo a Súmula 347 do STF, “o Tribunal de Contas, no exercício de suas atribuições, pode apreciar a constitucionalidade das Leis e dos Atos do Poder Público”. A Petrobrás interpôs embargos de declaração, os quais não foram acolhidos pelo TCU (Acórdão n° 39/2006) (fls. 23-27). Contra essa decisão do TCU (Acórdão n° 39/2006), a Petrobrás impetra o presente mandado de segurança, alegando que: a) o Tribunal de Contas de União não possui competência para declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo. A Súmula 347 do STF foi editada em 1963, tendo como base o art. 77 da Constituição de 1946, há muito revogado. A regra do Regimento Interno do TCU, que prevê essa competência, não pode se sobrepor à Constituição; b) a Petrobrás, empresa integrante da Administração Indireta, está submetida ao princípio da legalidade e, portanto, deve cumprir o art. 67 da Lei n° 9.478/97 e o Decreto n° 2.745/98, que permanecem vigentes, e determinam que os contratos celebrados pela impetrante, para aquisição de bens e serviços, serão precedidos de procedimento licitatório simplificado, afastando a aplicação da Lei n° 8.666/93. c) por força do § 1o do art. 40 da LC n° 73/93, a Petrobrás está obrigada a cumprir o Parecer AC-15, da Advocacia-Geral da União, que conclui que “a inaplicação (do Decreto n° 2.745/98) – por alegada inconstitucionalidade do regime simplificado – à todo o Grupo Petrobrás, esbarra no respeito ao princípio da presunção de constitucionalidade das leis e da legalidade dos atos da administração até que sobrevenha decisão judicial em contrário, sendo insuficiente a opinião do TCU, a quem cabe tão só julgar a regularidade das contas”. d) após a Emenda Constitucional n° 9/95, que alterou o § 1o do art. 177 da Constituição, a impetrante passou a atuar na exploração do petróleo em regime de livre concorrência com outras empresas. Com isso, o art. 67 da Lei n° 9.478/97 determinou a submissão da impetrante a um procedimento licitatório simplificado, afastando a aplicação da Lei n° 8.666/93, que estabelece um regime de licitação e contratação inadequado para a atuação da empresa num ambiente de livre competição. Quanto à urgência da pretensão cautelar, a impetrante sustenta que “o não cumprimento da prefalada decisão acarretará na aplicação das mais diversas penalidades, tais como multas, inabilitação para o exercício de cargo ou função, e arresto de bens, como estampado, v.g, nos arts. 45, § 1o, inc. III, 58, incs. II, IV, VII e § 1o, 60 e 61, todos da Lei n° 8.443/92” (fl. 10). Assim, a impetrante requer, em sede de medida liminar, a suspensão da decisão proferida pelo Tribunal de Contas da União (Acórdão n° 39/2006) no processo TC n° 008.210/2004-7 (Relatório de Auditoria). É o relatório. Passo a decidir. Existe plausibilidade jurídica no pedido. A EC n° 9/95, apesar de ter mantido o monopólio estatal da atividade econômica relacionada ao petróleo e ao gás natural e outros hidrocarbonetos fluidos, acabou com o monopólio do exercício dessa atividade. Em outros termos,*

a EC n° 9/95, ao alterar o texto constitucional de 1988, continuou a abrigar o monopólio da atividade do petróleo, porém, flexibilizou a sua execução, permitindo que empresas privadas participem dessa atividade econômica, mediante a celebração, com a União, de contratos administrativos de concessão de exploração de bem público. Segundo o disposto no art. 177, § 1o, da Constituição, na redação da EC n° 9/95: “§ 1º A União poderá contratar com empresas estatais ou privadas a realização das atividades previstas nos incisos I a IV deste artigo, observadas as condições estabelecidas em lei”. Dessa forma, embora submetidas ao regime de monopólio da União, as atividades de pesquisa, lavra, refinação, importação, exportação, transporte marítimo e transporte por meio de conduto (incisos I a IV do art. 177), podem ser exercidas por empresas estatais ou privadas num âmbito de livre concorrência. A hipótese prevista no art. 177, § 1o, da CRFB/88, que relativizou o monopólio do petróleo, remete à lei a disciplina dessa forma especial de contratação. A Lei n° 9.478/97, portanto, disciplina a matéria. Em seu artigo 67, deixa explícito que “os contratos celebrados pela Petrobrás, para aquisição de bens e serviços, serão precedidos de procedimento licitatório simplificado, a ser definido em decreto do Presidente da República”. A matéria está regulamentada pelo Decreto n° 2.745, de 1998, o qual aprova o regulamento licitatório simplificado da Petrobrás. A submissão legal da Petrobrás a um regime diferenciado de licitação parece estar justificado pelo fato de que, com a relativização do monopólio do petróleo trazida pela EC n° 9/95, a empresa passou a exercer a atividade econômica de exploração do petróleo em regime de livre competição com as empresas privadas concessionárias da atividade, as quais, frise-se, não estão submetidas às regras rígidas de licitação e contratação da Lei n° 8.666/93. Lembre-se, nesse sentido, que a livre concorrência pressupõe a igualdade de condições entre os concorrentes. Assim, a declaração de inconstitucionalidade, pelo Tribunal de Contas da União, do art. 67 da Lei n° 9.478/97, e do Decreto n° 2.745/98, obrigando a Petrobrás, conseqüentemente, a cumprir as exigências da Lei n° 8.666/93, parece estar em confronto com normas constitucionais, mormente as que traduzem o princípio da legalidade, as que delimitam as competências do TCU (art. 71), assim como aquelas que conformam o regime de exploração da atividade econômica do petróleo (art. 177). Não me impressiona o teor da Súmula n° 347 desta Corte, segundo o qual “o Tribunal de Contas, o exercício de suas atribuições, pode apreciar a constitucionalidade das leis e dos atos do Poder Público”. A referida regra sumular foi aprovada na Sessão Plenária de 13.12.1963, num contexto constitucional totalmente diferente do atual. Até o advento da Emenda Constitucional n° 16, de 1965, que introduziu em nosso sistema o controle abstrato de normas, admitia-se como legítima a recusa, por parte de órgãos não-jurisdicionais, à aplicação da lei considerada inconstitucional. No entanto, é preciso levar em conta que o texto constitucional de 1988 introduziu uma mudança radical no nosso sistema de controle de constitucionalidade. Em escritos doutrinários, tenho enfatizado que a ampla legitimação conferida ao controle abstrato, com a inevitável possibilidade de se submeter qualquer questão constitucional ao Supremo Tribunal Federal, operou uma mudança substancial no modelo de controle de constitucionalidade até então vigente no Brasil. Parece quase intuitivo que, ao ampliar, de forma significativa, o círculo de entes e órgãos legitimados a provocar o Supremo Tribunal Federal, no processo de controle abstrato de normas, acabou o constituinte por restringir, de maneira radical, a amplitude do controle difuso de constitucionalidade. A amplitude do direito de propositura faz

*com que até mesmo pleitos tipicamente individuais sejam submetidos ao Supremo Tribunal Federal mediante ação direta de inconstitucionalidade. Assim, o processo de controle abstrato de normas cumpre entre nós uma dupla função: atua tanto como instrumento de defesa da ordem objetiva, quanto como instrumento de defesa de posições subjetivas. Assim, a própria evolução do sistema de controle de constitucionalidade no Brasil, verificada desde então, está a demonstrar a necessidade de se reavaliar a subsistência da Súmula 347 em face da ordem constitucional instaurada com a Constituição de 1988. A urgência da pretensão cautelar também parece clara, diante das conseqüências de ordem econômica e política que serão suportadas pela impetrante caso tenha que cumprir imediatamente a decisão atacada. Tais fatores estão a indicar a necessidade da suspensão cautelar da decisão proferida pelo TCU, até o julgamento final deste mandado de segurança. Ante o exposto, defiro o pedido de medida liminar, para suspender os efeitos da decisão proferida pelo Tribunal de Contas da União (Acórdão n° 39/2006) no processo TC n° 008.210/2004-7 (Relatório de Auditoria) – (MS-MC 25.888, DJ 22.3.2006). Esse entendimento tem sido reiterado em diversas decisões em mandados de segurança nos quais se discute questão idêntica à destes autos: MS-ED 25.986, Rel. Min. Celso de Mello, DJ 30.6.2006; MS-MC 26.783, Rel. Min. Ellen Gracie, DJ 1º.8.2007; MS 27.232, Rel. Min. Eros Grau, DJe nº 90/2008, divulgado em 30.5.2008; MS 27.743, Rel. Min. Cármen Lúcia, DJe 237/2008, publicado 15.12.2008; MS 28.745, Rel. Min. Ellen Gracie, DJe 12.5.2010; MS 28.626, Rel. Min. Dias Toffoli, DJe 4.3.2010; MS 27.796, Rel. Min. Carlos Britto, DJe 6.2.2009; MS 28.897, Rel. Min. Cármen Lúcia, DJe 2.8.2010. Estão presentes, portanto, os requisitos para a concessão da medida liminar. Ante o exposto, defiro o pedido de medida liminar, para suspender os efeitos das decisões proferidas pelo Tribunal de Contas da União (Acórdãos n° 859/2010, 405/2010, 346/2007) no processo TC n° 006.846/2004-3. Comunique-se, com urgência. Requistem-se informações ao Tribunal de Contas da União. Cite-se a União. Após, abra-se vista dos autos à Procuradoria-Geral da República. Publique-se. Brasília, 2 de setembro de 2010. Ministro GILMAR MENDES Relator Documento assinado digitalmente.”*