

**XXV CONGRESSO DO CONPEDI -
CURITIBA**

DIREITO ADMINISTRATIVO E GESTÃO PÚBLICA I

EDITH MARIA BARBOSA RAMOS

RENATA ALBUQUERQUE LIMA

MARIA TEREZA FONSECA DIAS

Todos os direitos reservados e protegidos.

Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI

Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UNICAP

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet – PUC - RS

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim – UCAM

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Maria dos Remédios Fontes Silva – UFRN

Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes – IDP

Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba – UFSC

Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Representante Discente – Doutoranda Vivian de Almeida Gregori Torres – USP

Conselho Fiscal:

Prof. Msc. Caio Augusto Souza Lara – ESDH

Prof. Dr. José Querino Tavares Neto – UFG/PUC PR

Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini Sanches – UNINOVE

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS (suplente)

Prof. Dr. Fernando Antonio de Carvalho Dantas – UFG (suplente)

Secretarias:

Relações Institucionais – Ministro José Barroso Filho – IDP

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho – UPF

Educação Jurídica – Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues – IMED/ABEDI

Eventos – Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta – FUMEC

Prof. Dr. Jose Luiz Quadros de Magalhaes – UFMG

Profa. Dra. Monica Herman Salem Caggiano – USP

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr – UNICURITIBA

Comunicação – Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro – UNOESC

D598

Direito administrativo e gestão pública I [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UNICURITIBA;

Coordenadoras: Edith Maria Barbosa Ramos, Maria Tereza Fonseca Dias, Renata Albuquerque Lima – Florianópolis: CONPEDI, 2016.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-294-1

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: CIDADANIA E DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL: o papel dos atores sociais no Estado Democrático de Direito.

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Congressos. 2. Direito Administrativo. 3. Gestão Pública. I. Congresso Nacional do CONPEDI (25. : 2016 : Curitiba, PR).

CDU: 34



XXV CONGRESSO DO CONPEDI - CURITIBA

DIREITO ADMINISTRATIVO E GESTÃO PÚBLICA I

Apresentação

Os artigos publicados foram apresentados no Grupo de Trabalho de Direito Administrativo e Gestão Pública I, durante o XXV CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI, realizado em Curitiba-PR, entre os dias 07 a 10 de dezembro de 2016, em parceria com o Programa de Pós-Graduação em Direito do Centro Universitário Curitiba - UNICURITIBA.

Os trabalhos apresentados abriram caminho para importantes discussões relacionadas aos campos temáticos do GT, em que os participantes (professores, pós-graduandos, agentes públicos e profissionais da área jurídica) puderam interagir em torno de questões teóricas e práticas, levando-se em consideração o momento político, social e econômico vivido pela sociedade brasileira, em torno da temática central do evento – CIDADANIA E DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL: o papel dos atores sociais no Estado Democrático de Direito. Referida temática apresenta os desafios que as diversas linhas de pesquisa jurídica terão que enfrentar, bem como as abordagens tratadas em importante encontro, possibilitando o aprendizado consistente dos setores socioestatais e de mercado.

Na presente coletânea encontram-se os resultados de pesquisas desenvolvidas em diversos Programas de Mestrado e Doutorado do Brasil, tendo sido apresentados no GT 19 (dezenove) artigos de boa qualidade, selecionados por meio de avaliação por pares.

Os trabalhos ora publicados foram divididos em três eixos temáticos: sistemas de controle da Administração Pública; terceirização na Administração Pública; transparência, parcerias e princípios do Direito Administrativo.

No tocante aos diversos sistemas de controle da administração pública, 9 (nove) artigos enfrentaram temas que trataram de questões ligadas 1) ao controle administrativo - tais como a invalidação do ato administrativo e sua modulação temporal (de Clarissa Sampaio Silva e Ivson Antônio de Souza Meireles); os recursos administrativos disciplinares militares e a admissibilidade do seu efeito suspensivo (Jordan Espíndola dos Santos); controle interno das prestações de contas das OSCs (Maria Tereza Fonseca Dias e Luísa Pires Monteiro de Castro); controle interno para o enfrentamento do combate a corrupção (Anna Carolina de Oliveira Azevedo e Rômulo Magalhães Fernandes); 2) ao controle externo realizado pelas Cortes de Contas. A atuação do TCU foi apresentada como parâmetro utilizado na fiscalização e controle dos contratos administrativos (William Paiva Marques Júnior). E o

trabalho que trata do anunciado cancelamento da Súmula 347 do TCU tratou dos atuais questionamentos do STF acerca do exercício da competência daquela Corte de apreciar a constitucionalidade das leis e dos atos do Poder Público, pois extrapola os parâmetros adotados pela Constituição vigente (Allan Alexandre Mendes Gonçalves, João Rezende Almeida Oliveira); 3) aos controles extraorgânicos – tais como o controle social da atividade regulatória da ANVISA na reforma administrativa gerencial (Marcela Pinto Ribeiro e Paulo Roberto Lassi de Oliveira) e o controle da administração pública por meio da resolução extrajudicial dos conflitos em face da Administração Pública gerencial (Lara Caxico Martins e Marlene Kempfer). 4) a relação entre os instrumentos de controle, como na discussão proposta por Victor Roberto Corrêa de Souza e Taís Loureiro Santos ao tratarem, no trabalho sobre “Autoridades independentes e poder hierárquico”, das dificuldades existentes nas relações entre as autoridades administrativas e judiciais brasileiras, identificando como funciona o sistema brasileiro de controle judicial da Administração Pública, sob a perspectiva dos direitos fundamentais.

O próprio volume de trabalhos apresentados nesta temática demonstra a sua importância e a relevância que os sistemas de controle representam para a consolidação do paradigma do Estado democrático de direito, no sentido de conciliar as tensões entre a legitimidade da gestão pública e as esferas socioestatais.

Com relação ao eixo temático da terceirização no âmbito da Administração Pública, foram apresentados os trabalhos de Fernanda Maria Afonso Carneiro, Vinícius Alves Scherch, e Alana Fagundes Valério, todos eles, em certa medida, discutindo as vantagens, desvantagens, ameaças, limites e vedações a sua utilização, seja pela própria administração, seja por intermédio de parceiras, como as organizações sociais. Assim, o ente estatal, com intuito de reduzir custos e proporcionar a prestação de serviços especializados à sociedade civil, utiliza-se deste instrumento de gestão em que atividades acessórias (também denominadas atividades-meio) são repassadas a outras empresas ou entidades privadas sem fins lucrativos através de contratos e ajustes cujo objetivo seja a prestação de serviços especializados. Dessa forma, o Estado passa a se dedicar às atividades principais (atividades- fim), desobrigando-se da execução direta das atividades secundárias. Os trabalhos demonstram, por outro lado, a precarização das relações de trabalho causadas pela terceirização, colocando em cheque os limites para a utilização do instrumento. Por ser tema utilizado frequentemente pela Administração Pública, o tema merece atenção especial dos estudiosos do Direito Administrativo e da gestão pública.

Em terceiro momento, destaca-se o eixo princípios do Direito Administrativo, com um conjunto de 7 (sete) artigos que abordaram diferentes aspectos da temática, quais sejam: 1) o

princípio da transparência administrativa referenciado com pressuposto da governança (Marcos Feitosa Lima e Marília Mendonça Morais Sant Anna) e como instrumento de fiscalização dos gastos públicos (Fernanda Dayane dos Santos Queiroz e Edith Maria Barbosa Ramos); 2) o princípio da eficiência seja aplicado aos processo de compras governamentais, a partir da teoria do pragmatismo (Gilmar Brunizio e Cassio Rodrigues Barreiros), seja na discussão da autonomia administrativa da Defensoria Pública da União, como condição para a eficiência do serviço de prestação de acesso à justiça (Emanuel Adilson Gomes Marques e Adriana Silva Maillart) ou, ainda, no melhor aproveitamento dos recursos públicos disponíveis, com a utilização adequada de convênios, consórcios administrativos e contratos de gestão (Flávia Ramos Maia Costa) e nas parcerias público-privada (Maria Marconiete Fernandes Pereira); e, por fim, 3) o princípio da isonomia na extinção do vínculo do servidor público celetista com a administração pública direta em face da aposentadoria espontânea e a garantia da estabilidade. Diante da pluralidade e diversidade do arcabouço normativo e jurisprudencial utilizado, percebeu-se a profundidade das pesquisas e a responsabilidade das investigações, proporcionando uma análise sistemática e verticalizada das temáticas selecionadas.

Agradecemos a todos os pesquisadores da presente obra pela sua inestimável colaboração e desejamos a todos ótima e proveitosa leitura!

Profa. Dra. Edith Maria Barbosa Ramos - UFMA

Profa. Dra. Maria Tereza Fonseca Dias - UFMG / FUMEC

Profa. Dra. Renata Albuquerque Lima - UVA

AUTORIDADES INDEPENDENTES E PODER HIERÁRQUICO: PERSPECTIVAS PARA O APERFEIÇOAMENTO DAS RELAÇÕES ENTRE PODER EXECUTIVO E PODER JUDICIÁRIO, NO EXERCÍCIO DA JURISDIÇÃO ADMINISTRATIVA

INDEPENDENT AUTHORITIES AND HIERARCHICAL POWER: PROSPECTS FOR IMPROVING RELATIONS BETWEEN THE EXECUTIVE AND THE JUDICIARY BRANCHES, IN THE EXERCISE OF ADMINISTRATIVE JURISDICTION

**Victor Roberto Corrêa de Souza
Taís Loureiro Santos**

Resumo

O presente artigo tem como objetivo expor as dificuldades existentes nas relações entre as autoridades administrativas e judiciais brasileiras, identificando como funciona o sistema brasileiro de controle judicial da Administração Pública, sob a perspectiva dos direitos fundamentais. Pretende analisar métodos pelos quais haja maior incremento da autocontenção judicial, da estabilidade das autoridades administrativas e da efetividade dos recursos administrativo. Intenta analisar possíveis reformas que permitam maior adequação dos procedimentos administrativos à legitimação necessária ao ordenamento jurídico e um melhor equilíbrio nas relações entre Executivo e Judiciário, na gestão dos processos de interesse do cidadão.

Palavras-chave: Jurisdição administrativa, Autocontenção, Autoridades independentes, Instância recursal, Poder hierárquico, Efetividade

Abstract/Resumen/Résumé

This article aims to expose the difficulties in relations between the administrative and judicial authorities in Brazil, identifying how the Brazilian system of judicial review of public administration, from the perspective of fundamental rights. Aims to examine methods by which there is a greater increase in judicial self-restraint, stability of administrative authorities and the effectiveness of administrative resources. Intends to examine possible reforms to enable greater adaptation of administrative procedures to the legitimacy necessary to the legal framework and a better balance in the relationship between the executive and judiciary, in the management of processes of interest of the citizen.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Administrative jurisdiction, Self-restraint, Independent authorities, Appellate instance, Hierarchical power, Effectiveness

1. INTRODUÇÃO

Em um país que no século XXI ainda vive sob o signo das desigualdades sociais e econômicas, com ranços históricos de desconfianças entre classes sociais, entre trabalhadores e empregadores, não é incorreto acreditar que o Estado brasileiro, o Leviatã do Bem-Estar Social, seja um dos protagonistas das relações humanas.

O Estado-Administração, aquele que coordena a distribuição dos recursos estatais, escolhendo as políticas públicas a serem praticadas para os administrados, é, decerto, a face mais visível desse Estado para o cidadão. Afinal, é com o agente da Receita Federal, com o técnico previdenciário do INSS, com o fiscal do IBAMA, com as comissões de licitação, pregoeiros e fiscais de contratos administrativos, com os guardas municipais, com os servidores estaduais da Secretaria de Saúde, que o cidadão interage cotidianamente.

Ocorre que, desde a Constituição Brasileira de 1946, não se exclui do Poder Judiciário qualquer apreciação de lesão a direito, inafastabilidade que está prevista no atual art. 5º, inciso XXXV, da CF/88. Ou seja, qualquer alegação de lesão a direito, provocada pelo Estado-Administração, não pode ter sua apreciação excluída do Estado-Juiz. A organização desse Estado-Juiz, controlador externo do Estado-Administração desde a Constituição de 1891, obedece a um sistema monista, no qual o mesmo Poder Judiciário que julga conflitos entre particulares, julga também conflitos entre particulares e o Estado, em qualquer de seus Poderes. Não há, no Brasil, uma organização especializada que solucione apenas conflitos envolvendo o Estado-Administração.

O professor Ricardo Perlingeiro, analisando essa dicotomia monista/dualista dos sistemas de jurisdição administrativa, no texto *Uma perspectiva histórica da jurisdição administrativa na América Latina: tradição europeia-continental versus influência norte-americana*, assim afirma:

Na Europa do início do século XIX, muitos consideravam a jurisdição administrativa como uma atribuição do próprio Poder Executivo, inerente ao seu poder de autotutela. Mais tarde, ela passa a ser compartilhada entre Administração e tribunais independentes, de modo que o recurso judicial consistia na segunda instância de uma jurisdição administrativa originada na Administração. Entretanto, desde os fins do século XIX, prefere-se, na Europa continental, a solução dos conflitos administrativos confiada unicamente a tribunais independentes que se inclinam à especialização e a poderes amplos de revisão, em compensação a um sistema de direito administrativo, em que as autoridades carecem de independência efetiva para decidir. Nos EUA, ao contrário, com a evolução do seu tradicional sistema judicial monista, a tendência é compartilhar o

exercício da atividade jurisdicional administrativa entre o Executivo e o Judiciário, não como nos primórdios da justiça administrativa europeia, porém num modelo em que decisões administrativas são proferidas por autoridades que detêm certa dose de independência (quasi-judicial bodies, administrative tribunals), em um processo extrajudicial com garantias próximas ao *due process of law*, que são modificadas pelo Judiciário – não especializado - somente quando contrárias à razoabilidade, dificilmente adentrando-se no seu suporte fático (revisão judicial limitada). **Esse choque cultural, portanto, sem uma prévia contextualização, é fator de risco para impulsionar o modelo de justiça administrativa a um de dois extremos: de um lado, a uma duplicidade de jurisdições, com autoridades públicas e tribunais judiciais que possuem, de modo semelhante, independência, especialização e poder amplo de revisão, o que representa aumento de gastos, insegurança e demora na solução dos conflitos; de outro lado, a uma ausência de jurisdição, na medida em que autoridades administrativas sem independência, logo, sem aptidão para assegurar um justo processo administrativo extrajudicial, convivam com tribunais judiciais não especializados, que optem por respeitar a capacidade técnica e o poder normativo das autoridades ou, com igual efeito prático dessa administrative deference, que optem por decidir mesmo sem a adequada capacidade cognitiva sobre a matéria sub judice.** Num ou noutro caso, as autoridades administrativas e os tribunais judiciais podem enfraquecer-se como órgãos jurisdicionais, especialmente do ponto de vista da confiabilidade entre eles, reciprocamente considerados, e também em face dos interessados. **O modelo brasileiro se inclina a uma ausência de jurisdição:** com o advento da República, em 1891, sob declarada influência do constitucionalismo norte-americano, instala-se um sistema judicial único para a jurisdição administrativa e para a jurisdição comum, o qual até hoje vigora. (PERLINGEIRO, 2015, p. 121-122). (grifo nosso)

A leitura deste texto nos conduz a alguns pontos de partida que representam fundadas inquietações a respeito de nossa jurisdição administrativa: é o modelo brasileiro de justiça administrativa um exemplo monista, dual ou de ausência de jurisdição? Há independência das autoridades administrativas, a fim de se assegurar um justo processo administrativo extrajudicial? Os tribunais judiciais respeitam a independência, capacidade técnica e o poder normativo das autoridades administrativas?

A proposta do presente estudo é verificar, portanto, a partir da análise dos pontos de partida supramencionados, como a sistemática dos recursos administrativos, no Brasil, pode ser aperfeiçoada, no que pertine a uma melhor distribuição e efetividade de direitos fundamentais dos administrados, atentando para as especificidades da justiça administrativa brasileira e as relações entre Executivo e Judiciário, bem como para o real equilíbrio entre a independência das autoridades administrativas e o poder hierárquico atinente à Administração Pública.

2. PERFIL DA JUSTIÇA ADMINISTRATIVA BRASILEIRA. AUSÊNCIA?

Antes da Constituição de 1891, o Brasil experimentou um sistema jurisdicional de caráter dual, em que o Conselho de Estado, órgão auxiliar do imperador no exercício de seu Poder Moderador, exercia função jurisdicional administrativa, enquanto o Poder Judiciário se encarregava de solucionar as lides civis e penais.

Com a Constituição da República, foram criadas as justiças dos estados e a justiça federal, semelhante ao sistema judiciário dos Estados Unidos da América. Com isso, os mesmos juízes que decidiam as causas cíveis e criminais passaram a decidir as lides envolvendo a Administração Pública, fossem elas causas envolvendo o controle da validade de ato administrativo, ou causas sobre litígios entre a Administração e os particulares.

A partir de 1937 e até 1965, a Justiça Federal foi extinta, mas a competência para as lides de natureza federal continuou sendo exercida por juízes, desta vez estaduais; ou seja, o sistema de inspiração norte-americana foi mantido.

Esse sistema adotado pelo Brasil foi impulsionado pela doutrina do mandado de segurança que, desde 1934, assumindo uma posição análoga a um recurso administrativo de anulação, tornou-se instrumento judicial disseminado de acesso ao Poder Judiciário para os fins de atacar decisões administrativas de qualquer natureza, combater omissões administrativas, reformar decisões recursais administrativas. Anteriormente precedido pelo uso indiscriminado de interditos possessórios, o mandado de segurança passou a proteger tanto interesses legítimos como direitos subjetivos, perante a Administração Pública, como se viu da prática jurisdicional de tal procedimento, desde então.

Ademais, constata-se que, com a prevalência do Estado de Bem-Estar Social – a partir do fim da II Guerra Mundial, e as ondas renovatórias do processo civil, o acesso à justiça foi ampliado a níveis máximos, não havendo mais qualquer limitação ao controle judicial da Administração Pública, mesmo para atos discricionários e políticas públicas, passando pelo questionamento, revisão, atenuação ou exclusão de privilégios processuais da Administração Pública, como prazos dilatados e remessas necessárias, bem como pelo aprimoramento democrático e isonômico de procedimentos judiciais de controle desta mesma Administração, exemplificado pelo uso de ações coletivas, incidentes de resolução de demandas repetitivas, juizados especiais, ações populares e legitimação do Ministério Público e outras instituições para o exercício ativo deste controle administrativo externo.

Esse é o quadro atual, parametrizado pela Constituição Federal de 1988.

Mas essa ampliação do direito de acesso à justiça, envolvendo questões com a Administração Pública, foi acompanhada de uma efetiva e célere prestação jurisdicional? Pesquisas desenvolvidas pelas professoras Daniela Monteiro Gabbay e Luciana Gross Cunha demonstram que a resposta é negativa:

“O Judiciário brasileiro vem sendo questionado nas últimas décadas quanto ao seu papel na sociedade e quanto à sua baixa capacidade de resposta diante do crescimento exponencial de demandas levadas a ele. Pesquisas e estudos, inclusive financiadas por organizações internacionais, retratam esse diagnóstico de crise do Poder Judiciário brasileiro. Ainda assim, a taxa de litigiosidade no Brasil (medida pela proporção entre os casos novos que entram no Judiciário a cada 100 mil habitantes) apresentou relevante crescimento nos últimos anos. Estatísticas disponibilizadas pelo Conselho Nacional de Justiça indicam que o número total de casos novos no primeiro grau de jurisdição multiplicou-se por três entre 1990 e 2003, passando de 5,12 milhões para 15,39 milhões de casos por ano. Mais recentemente, os dados do CNJ demonstraram que ingressaram no ano de 2010 um total de 24,2 milhões de processos nas três esferas da Justiça (17,7 milhões na Justiça Estadual, 3,2 milhões na Justiça Federal e 3,3 milhões na Justiça trabalhista), o que equivale a 11,536 processos por 100 mil habitantes. Esses dados, entretanto, não devem ser lidos como indicativos de que a população brasileira possui amplo acesso ao Judiciário, porquanto expressiva parcela desse contingente de demandas tem autoridades públicas como autores – governo, órgãos da União, Estados e Municípios, assim como uma minoria de setores privilegiados da população -, que atuam como litigantes repetitivos. Além disso, os dados do CNJ também apontam que a taxa de congestionamento, que corresponde à quantidade de processos pendentes de decisões em relação aos em andamento no período (casos pendentes de julgamento somados aos casos novos), também continua crescendo. Entre 2009 e 2010, observou-se um aumento de 3% da taxa de congestionamento, tendo sido a Justiça Estadual – que apresentou um aumento de 68% para 72% - a principal responsável pelo crescimento apurado. Os altos índices de congestionamento indicam que a morosidade continua sendo um dos fatores que mais fortemente afetam o desempenho do Judiciário e contribuem para um cenário de crise na Justiça. Nesse sentido, os números mais recentes do Índice de Confiança na Justiça (ICJBrasil), produzido pela Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas, indicam que 89% da população entrevistada consideram que o Judiciário soluciona os conflitos de forma muito lenta.” (GABBAY; CUNHA, 2012, p. 23-24).

Esse panorama retrata claramente as expectativas frustradas da população em relação ao Poder Judiciário, assoberbado no papel de gestor de demandas envolvendo a Administração Pública. Em verdade, a crise é sisífrica e permeia todos os poderes, pois o direito processual administrativo brasileiro é feito apenas para lidar com os processos e lides (reais ou virtuais, administrativas ou judiciais) como o mito grego de Sísifo lidava com sua pedra: subindo aclives e vendo a pedra rolar abaixo novamente. Todos os dias, o ordenamento está preocupado apenas em levar a pedra do ponto A para o ponto B (e ciente de que ela vai retornar do ponto B para o A no fim do dia), sem se preocupar com os meios de encurtar o caminho jurisdicional, de atenuar seus aclives, de manter a “pedra” sob controle ou mesmo de reduzir a energia gasta para percorrer tal caminho.

Para superar essa crise de credibilidade do Estado, de natureza permanentemente cíclica, pensamos que o implemento de uma jurisdição dual no controle da Administração Pública, delimitando-se adequadamente os espaços do controle jurisdicional feito pela própria Administração, bem como do controle jurisdicional feito pelo Poder Judiciário, aperfeiçoando ambos os controles, pode trazer melhor capacidade técnica para solução de conflitos entre o cidadão e a Administração.

A nosso ver, a implementação desta jurisdição administrativa dual só pode advir de uma definição adequada de independência das autoridades administrativas, aliada à redefinição de competência dos tribunais judiciais (com a criação de órgãos judiciais especializados em matéria administrativa) e à reestruturação dos procedimentos administrativos, especialmente dos recursos administrativos.

3. INDEPENDÊNCIA DAS AUTORIDADES ADMINISTRATIVAS

Retomando o texto do professor Perlingeiro citado na introdução, tem-se que os brasileiros convivem em um país com “*autoridades administrativas sem independência, logo, sem aptidão para assegurar um justo processo administrativo extrajudicial*” e com um Poder Judiciário não especializado, sem deferência administrativa e sem *expertise* para decisões, que demandam cada vez mais capacidade técnica específica³.

A Convenção Interamericana de Direitos Humanos (1969), em seu artigo 8.1, determina que:

³ Erasmo Marcos Ramos, estudando comparativamente o Direito Ambiental de Brasil e Alemanha: “*O enquadramento amplamente difundido no Brasil no âmbito de direito civil, penal ou administrativo encobre uma falha de raciocínio comum quando se procede à análise do direito brasileiro, ou seja, cria a impressão que somente o enquadramento no ramo do direito é relevante (penal, civil ou administrativo) e que, assim, a distinção entre problemas processuais e materiais não tem grande significado para o julgamento forense de uma questão específica. Quem trata de temas ambientais desta forma não negligencia uma máxima do direito processual: trata-se sempre do direito processual como um direito específico de cada país e este não pode ser tratado diretamente em convenções ou tratados internacionais. Essa constatação revela uma das peculiaridades mais surpreendentes do direito brasileiro para um leitor estrangeiro. Este, ao contrário do direito alemão, não possui uma justiça administrativa independente (Verwaltungsgerichtsbarkeit) como é o caso de muitos outros países. O pesquisador alemão que em sua análise, com parâmetros altamente sistematizados, questionar a competência da justiça administrativa brasileira “Verwaltungsrechtsweg” já cometeu um erro crasso. É em vão procurar por um Código de Processo Administrativo no direito brasileiro, pois este inexistente. Em consequência disto também inexistente justiça administrativa autônoma. Da mesma forma existem pouquíssimas leis que tratam exclusivamente de questões de direito administrativo como a VwGO alemã. A existência de uma justiça ou de tribunais para tratar de certos assuntos de sua competência, não depende propriamente da natureza do objeto em questão no litígio (civil, penal ou administrativo), mas, sobretudo, da existência ou inexistência de leis que tratam da criação e distribuição desses tribunais e dessas competências (Rechtswegszuweisungen).*” (RAMOS, 2009, p. 124-125).

“8.1. Toda pessoa tem direito a 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 outra natureza.”

Em seus precedentes a respeito do tema, a Corte Interamericana já determinou que:

108. Este Tribunal considera que, para satisfacer la garantía establecida en el artículo 7.5 de la Convención en materia migratoria, la legislación interna debe asegurar que el funcionario autorizado por la ley para ejercer funciones jurisdiccionales cumpla con las características de imparcialidad e independencia que deben regir a todo órgano encargado de determinar derechos y obligaciones de las personas. En este sentido, el Tribunal ya ha establecido que dichas características no solo deben corresponder a los órganos estrictamente jurisdiccionales, sino que las disposiciones del artículo 8.1 de la Convención se aplican también a las decisiones de órganos administrativos.⁴

Ou seja, os agentes destinados a decidir funções jurisdicionais de resolução de conflitos, seja por meio do Poder Judiciário, seja por meio do próprio Poder Executivo, necessitam que a legislação pertinente assegure mecanismos que lhe permitam o exercício de seu mister com independência e imparcialidade. Esta tem sido, por exemplo, a realidade no direito administrativo moderno de Portugal:

Uma das tendências que, nos últimos tempos, mais tem marcado a realidade organizativa da Administração Pública é a que passa pela criação de autoridades públicas independentes com funções de controlo da Administração Pública, designadamente com poderes de apreciação de queixas dos particulares, funcionando, por este motivo, como verdadeiros instrumentos de garantia dos direitos e interesses legítimos dos administrados. (DIAS; OLIVEIRA, 2011, p. 322).

Mas não é esta a realidade no Brasil. Como bem relata Ricardo Perlingeiro:

Entretanto, há uma característica do devido processo legal, concebido em 1792, inconciliável com o direito a um processo efetivo, tal como interpretado pela Corte Europeia, e que é de grande importância para a compreensão do atual estágio da justiça administrativa na América Latina: o caráter prévio do procedural due process of law. **Não integra a tradição do direito europeu continental, tampouco do direito administrativo latino-americano, a existência de um processo a cargo de autoridades administrativas independentes ou quase judiciais** e que seja regulamente prévio ao início da eficácia das decisões administrativas. (PERLINGEIRO, 2015, p. 122) (grifo nosso).

⁴ Caso Vélez Loor vs. Panamá. Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_218_esp2.pdf. Acesso em 12.05.2016. Cfr: Caso del Tribunal Constitucional Vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de enero de 2001. Serie C No. 71, párr. 71; Caso Escher y otros Vs. Brasil. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de julio de 2009. Serie C No. 200. párr. 208, y Caso Claude Reyes y otros Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 19 de septiembre de 2006. Serie C No. 151, párr. 119.

A atividade de decidir conflitos envolvendo a Administração Pública, seja ela efetuada por agentes administrativos, seja por agentes judiciais, não dispensa certas garantias, para que seja exercida eficaz e corretamente.

Dentre os princípios de Bangalore de conduta judicial, formulados sob os auspícios da Organização das Nações Unidas, consta a independência judicial, que deve ser exercida sob determinadas condições. Assim, entende-se que, para que se considere uma autoridade judicial independente de outras autoridades e instituições, é necessário levar em conta as formas de nomeação e perda de seu cargo, suas condições de trabalho (físicas e financeiras) e a existência de garantias contra pressões externas.

Estes mesmos princípios e condições servem para que se garanta o livre e independente exercício da jurisdição administrativa, seja ela feita por órgãos do Poder Judiciário, ou exercida por órgãos do próprio Poder Executivo. Tal conclusão se extrai de decisões claras da Corte Europeia de Direitos Humanos, interpretando o art. 6.1. da Convenção de Direitos Humanos⁵; bem como da Corte Interamericana, interpretando o art. 8º da Convenção Americana de Direitos Humanos⁶.

Neste sentido, acerca das condições para a independência no julgamento de questões envolvendo a Administração Pública, eis o que determinam os arts. 6º a 8º do Código Modelo Euro-Americano de Jurisdição Administrativa:

Art. 6 (Independência institucional e pessoal)

Conforme as disposições constitucionais, a jurisdição administrativa é independente. Ela goza de uma independência institucional e pessoal, e seu regime jurídico assegura a imparcialidade dos juízes.

Art. 7 (Independência institucional)

A jurisdição administrativa goza de autonomia administrativa e financeira na medida em que for necessária para assegurar sua independência.

Art. 8 (Independência pessoal)

(1) Os juízes da jurisdição administrativa são inamovíveis, e sua independência se encontra assegurada por uma remuneração justa e adequada.

(2) Os juízes não receberão ordens em suas funções jurisdicionais.

Além disso, bons exemplos de práticas profissionais independentes que modificaram o perfil da Administração Pública brasileira podem ser extraídos das agências reguladoras. Tratam-se de estruturas estatais de governança autônoma, e inspiração anglo-saxônica, com orçamentos estáveis, cuja pedra de toque configuradora

⁵ Ver Corte Europeia de Direitos Humanos. Sentença Oleksandr Volkov v. Ukraine. Estrasburgo: 30 maio 2013. Disponível em: <<http://bit.ly/1J2UjHc>>

⁶ Ver Caso Vélez Loor Vs. Panamá. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de noviembre de 2010 Serie C No. 218, párr. 108. Disponível em: <<http://bit.ly/1D9AWKS>>).

de sua independência é a existência de autonomia política de seus dirigentes, nomeados pelo Poder Executivo e com aprovação do Poder Legislativo, para mandatos com termo fixo, o que lhes assegura a estabilidade, independentemente da direção tomada pelo processo político. Estas instituições foram validadas pelo Supremo Tribunal Federal na ADI 1949 e representam a transformação de uma perspectiva hierárquico-disciplinar da Administração para uma configuração mais técnica, de acordo com a matéria no caso específico. Separam-se, portanto, governo politicamente eleito e administração profissional e técnica. Segundo Binenbojm:

As autoridades independentes quebram o vínculo de unidade no interior da Administração Pública, eis que a sua atividade passou a situar-se em esfera jurídica externa à da responsabilidade política do governo. Caracterizadas por um grau reforçado da autonomia política de seus dirigentes em relação à chefia da Administração central, as autoridades independentes rompem o modelo tradicional de recondução direta de todas as ações administrativas ao governo (decorrente da unidade da Administração). Passa-se, assim, de um desenho piramidal para uma configuração policêntrica. Na verdade, a regulação independente enseja inúmeras e relevantes questões nos campos do direito e da política, como a revisão dos fundamentos legitimadores do poder, a redefinição do esquema clássico de articulação entre os poderes do Estado, o avanço da tecnocracia sobre a dialética política e a progressiva submissão do direito às exigências da economia. (BINENBOJM, 2014, p. 44).

Em nosso entendimento, a percepção de uma Administração Pública policêntrica coaduna-se com o princípio da eficiência (art. 37 da Constituição Federal) e tem ligação direta com as modernas reformas do Estado, de modo que os critérios que dirigem a interpretação dos atos administrativos de uma agência reguladora não devem ficar adstritos ao fenômeno da regulação de um campo específico da atividade econômica, finalidade para a qual tais agências foram criadas, após o declínio do Estado monopolizador e controlador de mercados.

Queremos com isso dizer que não é só para a regulação de certos campos da atividade econômica que o Estado deve propiciar autonomia às suas autoridades administrativas. Também na prestação de serviços públicos que não interessam economicamente ao mercado, ou de atividades que são prestadas diretamente pelo Estado (seja por se tratar de atividade típica de Estado ou de atividade ainda por ele monopolizada), essa autonomia deve existir, em virtude da necessidade, no mais das vezes, de respeito e deferência à discricionariedade e capacidade técnica dessas autoridades e também de estabilidade e previsibilidade de suas decisões, que não devem flutuar aos ventos instáveis de debates políticos de ocasião. Assim se dá, por exemplo, com complexas decisões de licenciamentos ambientais de empreendimentos vultosos;

ou com instrumentos normativos internos, de efeitos abstratos e concretos, adotados pela Previdência Social ou pela Administração Tributária, confeccionados após longo processo de maturação; ou com políticas públicas de expropriação de bens imóveis de particulares e de uso do patrimônio imobiliário disponível da Administração. Tratam-se, em todos os casos, de decisões relevantes a serem adotadas por agentes públicos, que devem ter sua autonomia e independência sobrelevados, a fim de se obter maior eficiência administrativa e segurança jurídica.

O mesmo raciocínio se aplica às decisões de jurisdição administrativa.

Destarte, nos limites dos objetivos específicos do presente texto, entendemos que os órgãos de jurisdição administrativa precisam se utilizar deste mesmo padrão de funcionamento das agências reguladoras. Seus membros precisam deter garantias financeiras de manutenção e estabilidade de seus cargos/funções (para além dos mandatários que eventualmente os nomearam), bem como necessitam que seus cargos/funções possuam marcos temporais bem definidos e seguros, além das indispensáveis condições físicas e materiais de trabalho. Não podem, aqueles que fazem a jurisdição administrativa, estar cerceados por pressões externas de julgamento pela tese A ou B, de acordo com interesses “políticos” ocasionais que estejam travestidos de interesses “públicos”. De outro lado, também não podem se isolar encapsulados em suas ilhas de independência, nem se deixar capturar ou se promiscuir com os agentes econômicos ou grupos de pressão costumeiramente alvos de sua atuação jurisdicional⁷.

Todos estes fatores de estabilidade das decisões tomadas pelos órgãos jurisdicionais administrativos permitiriam, inclusive, a criação de um sistema de precedentes administrativos. A pauta destes órgãos, assim, deve ser a persecução de

⁷ Arthur Badin relaciona prós e contras de um regime administrativo autônomo como o das agências reguladoras: “Assim, por trás da ideia de criação das agências reguladoras estaria o objetivo de estabelecer uma moldura de incentivos para que os agentes públicos tomassem a decisão da forma mais técnica e favorável ao interesse público, alinhando os incentivos pessoais dos agentes com os da sociedade, no longo prazo. Os mandatos garantiriam a independência necessária para que decisões impopulares no curto prazo, porém importantes para todo o país no longo prazo, fossem tomadas. Ao aumentar a segurança das regras tarifárias, as agências favoreceriam a captação da poupança privada. A composição por técnicos e especialistas, professores universitários, tornaria as decisões da agência mais consentâneas à melhor técnica, porquanto o controle reputacional seria feito pela academia. É claro que o modelo contém inúmeros problemas. A crítica mais contundente é a da teoria da captura, segundo a qual os grupos de interesse depois de entenderem as regras do jogo, passam a exercer grande influência sobre a instituição, enviando sua atuação. Isso pode ocorrer por diversas formas como, por exemplo, a existência de grande assimetria de informação entre o regulador e regulado (que torna aquele dependente deste), ou a promiscuidade entre os agentes públicos e privados, como o problema do revolving door (o elevado nível de especialização exigido tende a obrigar que o gestor público seja selecionado dentre os profissionais que trabalham nas empresas reguladas).” (BADIN, 2013, p. 125).

uma juridicidade⁸ estável das decisões da jurisdição administrativa, com um adequado acompanhamento não somente da Constituição Federal e da legislação, como também da doutrina acadêmica e da jurisprudência vinculante e dominante.

Decerto, essa estabilidade não significa permanência, nem pode servir de fundamento a retrocessos. Deve haver certo dinamismo que permita a evolução de conceitos envolvendo os temas de interesse da sociedade. Esse dinamismo pode ser obtido não apenas por meio do exercício democrático do voto, mas também pelo exercício democrático de participação popular nas atividades estatais, legitimando as decisões de seus órgãos, tomadas de modo adequadamente transparente, fundamentado e responsivo. Procedimentos que propiciem maior controle e ampla *accountability* como audiências públicas, *amici curiae*, direito a uma audiência, direito de antena, orçamentos participativos, referendos e plebiscitos, leis de iniciativa popular, direitos de petição, de consulta e de representação, dentre outros, são meios de atualização, legitimação e dinamização de padrões de comportamento dos agentes estatais⁹, que devem pautar a jurisdição administrativa. Essa participação popular, portanto, é o caminho modelar a se solidificar, na busca de maior autonomia, não apenas de instituições como as agências reguladoras, mas para toda a Administração Pública policêntrica moderna.

Creemos que uma ressignificação da Administração Pública brasileira, em que se reestruture sua independência de modo mais generalizado – não apenas em órgãos regulatórios específicos, mas para toda e qualquer autoridade administrativa que exerça suas competências delineadas com objetivos técnicos e estáveis; e em que se prevejam mecanismos de controle e participação externa em suas atividades, pode trazer mais profissionalismo e credibilidade dos órgãos administrativos. Isto repercutirá positivamente no Estado-Juiz, quase que integralmente devotado que é, atualmente, aos

⁸ O princípio da juridicidade, como já o denominava Adolf Merkl, em 1927, engloba, assim, três expressões distintas: o princípio da legalidade, o da legitimidade e o da moralidade, para allear-se como o mais importante dos princípios instrumentais, informando, entre muitas teorias de primacial relevância na dogmática jurídica, a das relações jurídicas, a das nulidade e a do controle da juridicidade. O princípio da juridicidade corresponde ao que se enunciava como um “princípio da legalidade”, se tomado em sentido amplo, ou seja, não se o restringindo à mera submissão à lei, como produto das fontes legislativas, mas de reverência a toda a ordem jurídica. (MOREIRA NETTO, 2014, p. 85).

⁹ Segundo Eduardo García de Enterría e Tomás-Ramón Fernández: “[...] a ideia de uma participação dos administrados nos processos decisórios, parece capaz não apenas de reduzir as disfunções organizacionais e burocráticas, mas também de obter um novo consensus, uma nova legitimidade (Chevalier) que permita superar a crise atual do comando autoritário, generalizada em todas as esferas; assim, a ideologia participativa é um verdadeiro contraponto ao desenvolvimento dos sistemas burocráticos.” (ENTERRÍA; FERNANDEZ, 2014, p. 113).

processos envolvendo o Estado-Administração. O desafio é propiciar tais aprimoramentos, sem perder de vista que a Administração Pública é regida por controles internos e regimes disciplinares e hierárquicos que, certamente, dificultarão o aperfeiçoamento de metas de independência e autonomização.

4. RELAÇÕES ENTRE HIERARQUIA E INDEPENDÊNCIA, NA JURISDIÇÃO ADMINISTRATIVA

O acesso às funções públicas, em um Estado que se vê agigantado de funções, responsabilidades e expectativas, como era de se esperar, é uma das ambições de parcela significativa da população. Agente econômico de suma importância, produtor de moeda, controlador e fomentador de relações produtivas, o Estado é o empregador dos sonhos de muitos cidadãos que buscam espaço no mercado de trabalho. Afinal, quem não gostaria de trabalhar em uma carreira na qual se prestigia o mérito demonstrado pela aprovação em um concurso público (art. 37, II, da CF), com irredutibilidade de vencimentos (art. 37, XV, da CF), com estabilidade no cargo após cumprimento de alguns requisitos (art. 41 da CF) e ainda um bem estruturado Regime Próprio de Previdência Social para si e para sua família (art. 40 da CF)?

Contudo, essa estabilidade profissional, uma vez obtida, pode conduzir o agente público a uma postura de autossuficiência e estagnação, que não lhe permitam agir com o enlevo de um olhar responsável, mas incomodado com a evolução dos fatos sociais que envolvam sua rotina laborativa diária. Acomodado em um universo particular em que o cargo público é parte de seu patrimônio privado, o agente público brasileiro, sob essa perspectiva, com o temor de sofrer punições disciplinares de seus superiores hierárquicos, adota entendimentos e toma decisões que, por vezes, distorcem seus deveres funcionais e desrespeitam a juridicidade vigente e direitos fundamentais do indivíduo como isonomia, razoável duração do processo, tutela jurisdicional efetiva, e o respeito à segurança jurídica.

Não é todo e qualquer agente público que toma decisões e pratica atos administrativos com reflexos para a Administração, mas sim as autoridades administrativas que detenham o poder decisional para o caso específico, delineado explicitamente na legislação *lato sensu*. Com isso, exprimimos que a estruturação de um regime hierárquico no seio da Administração deve obedecer a critérios organizacionais que prevejam claramente a delimitação das competências administrativas de cada agente público, prevendo quem são as autoridades administrativas responsáveis pela prática de

um ato administrativo, ou por seu desfazimento, quando incorretamente praticado. Essa definição é essencial, para que se afira quem são as “autoridades administrativas” e seu nível de independência ou subordinação¹⁰.

De outro lado, não se pode obnubilar o exercício da independência das autoridades administrativas, na amplitude decisional que o ordenamento lhes permitir. O respeito ao devido processo legal e ao dever de fundamentação de suas decisões deve ser prioritário e exercerá mais eficazmente a função de controle dos atos administrativos destes agentes estatais. Queremos com isso afinar o entendimento acerca do poder hierárquico, pois este não detém uma finalidade autopoiética e retroalimentante, especialmente diante de que a independência das autoridades administrativas é fator legitimador de estabilidade e aprimoramento técnico das decisões da Administração Pública, que deve ser priorizado.

Esse objetivo retroalimentante é identificado, por exemplo, quando programas governamentais e políticas públicas são alterados pelos grupos de pressão que assumem o poder político e querem ver suas ideologias sobrepujarem o ideário dos grupos que lhe rivalizam. Uma das técnicas de controle político, que pode vir a ter especial eficácia na finalidade de se manter no poder, é o cerceamento da independência das autoridades administrativas, que mesmo sendo estáveis, devem obedecer à pauta determinada por seus superiores hierárquicos (invariavelmente indicados para ocupar funções comissionadas, sem a realização de concurso público), sob pena de serem punidos disciplinarmente ou de serem constrangidos a situações pessoais particularmente prejudiciais (como remoção compulsória, no “interesse da Administração”).

A jurisdição administrativa não poderia estar alheia a este debate, eis que exerce o controle jurisdicional dos atos decisórios da própria Administração. Inevitavelmente, será a jurisdição administrativa quem fiscalizará o equilíbrio da relação entre poder hierárquico e independência das autoridades administrativas, sopesando o respeito entre os poderes estatais e a estabilidade dos atos da

¹⁰ Esse é um drama recorrente na definição de autoridade impetrada em mandados de segurança. Como alude Carvalho Filho: “Impetrado é o agente público, ou o agente de pessoa privada com funções delegadas, que pratica o ato violador sujeito à impugnação através do mandado de segurança, individual ou coletivo. Pode qualificar-se também com autoridade o agente do qual se origina a ordem para a prática do ato. (art. 6º, §3º, LMS). Na prática, não é difícil identificar o agente coator. Em certas situações, contudo, em virtude do usualmente complexo sistema hierárquico da Administração, há alguma dificuldade para defini-lo. Daí a clássica lição de que autoridade coatora é aquela que tenha ‘poder de decisão’, não se configurando como tal nem os subalternos, meramente executores da ordem (porteiros, entregadores de notificação etc.), nem os situados nos degraus superiores de hierarquia, que, como regra, se limitam a estabelecer as políticas públicas a cargo do órgão ou da entidade.” (CARVALHO FILHO, 2012, p. 1020-1021).

Administração Pública, sem descurar para a realidade atual em que vivemos, em tempos de maior deferência técnica à Administração e autocontenção jurisdicional¹¹.

Portanto, o princípio da presunção de constitucionalidade das leis e atos normativos deve presidir o labor da jurisdição administrativa, e o equilíbrio das relações entre hierarquia e independência. Buscando calibrar essa presunção e o grau de ativismo jurisdicional no controle de atos administrativos, Daniel Sarmiento e Claudio Pereira de Souza Neto propõem uma série de seis parâmetros não exaustivos a serem aferidos, para uma maior autocontenção jurisdicional. Segundo os autores: 1) quanto maior o grau de legitimidade democrática do ato normativo, mais autocontido deve ser o órgão jurisdicional; 2) a atuação pode ser menos autocontida, em se tratando de controle jurisdicional de atos que ofendam o funcionamento da democracia; 3) deve haver menor autocontenção diante da possibilidade de impactos negativos do ato a ser controlado, em minorias estigmatizadas; 4) menor autocontenção jurisdicional deve existir quando se tratar de ato que restrinja direito fundamental ou o mínimo existencial; 5) maior autocontenção jurisdicional deve existir quando se tratar de um ato técnico, de cuja expertise o julgador se ressinta; 6) menor autocontenção jurisdicional deve existir de acordo com a época de edição do ato normativo, se anterior ou não à edição da Constituição Federal de 1988 (SOUZA NETO; SARMENTO, 2013, p. 460/463).

Obtém-se, com isso, um largo cabedal de diretrizes para um trabalho mais delimitado da jurisdição administrativa, no controle de atos administrativos. Vejamos, portanto, como esse controle pode ser aprimorado, ampliando a deferência

¹¹ Segundo Jordão, a respeito das evidências encontradas em sua pesquisa acadêmica acerca do controle judicial de uma administração pública complexa: “[...] a pesquisa efetuada para a realização do trabalho evidenciou a recorrência do argumento da politicidade de uma ação administrativa na determinação da intensidade do controle judicial. Há pouco acordo sobre quais atividades de fato deteriam tal natureza e, mesmo, sobre o tanto da retração judicial correspondente; mas é fato que a circunstância da politicidade, quando reconhecida, desempenha usualmente papel favorável a um controle judicial deferente. O raciocínio mais básico que subjaz a esta orientação é conhecido: uma decisão de natureza política deve caber precipuamente à instituição com maior legitimidade democrática (item 2.1). Esta visão está fundamentada na ideia de que nas decisões políticas não há necessariamente soluções corretas ou incorretas, jurídicas ou não jurídicas, mas soluções mais ou menos adaptadas à consagração de finalidades públicas diversas. A escolha de quais finalidades públicas perseguir ou de como balancear interesses públicos conflitantes deve caber, de regra, àquelas entidades públicas às quais se atribuiu tal poder. Como as entidades da administração pública possuem, de regra, maior pedigree democrático, os tribunais deveriam evitar submetê-las a um controle intenso, sob pena de lhes usurparem esta competência, impondo seu próprio ponto de vista sobre a matéria controvertida. Uma segunda razão para a adoção de uma orientação judicial deferente é menos clara e menos difundida. Ela tem um viés consequencialista: fundamenta-se nos efeitos benéficos que a autorrestrição judicial promoveria no âmbito destas manifestações políticas. A ideia é a de que a deferência judicial nestas matérias amplia a transparência e a responsabilidade das autoridades administrativas em relação às opções que realizam (item 2.2).” (JORDÃO, 2016, p. 84-85).

administrativa e a independência das autoridades administrativas independentes, na sistemática brasileira dos recursos administrativos.

5. RECURSOS ADMINISTRATIVOS E JURISDIÇÃO ADMINISTRATIVA

Recurso administrativo é um pedido de reforma (ou reexame) de decisão anteriormente proferida por órgão ou agente da Administração Pública.

Tem por base constitucional o art. 5º, LV, da CF/88, que os garante em relação aos litigantes em processos administrativos.

A existência ou não de hierarquia da instância recursal em relação ao órgão decisório *a quo* faz com que se diferenciem os recursos administrativos em próprios ou impróprios – neste último caso, não há hierarquia entre os órgãos. Sergio Ferraz e Adilson Abreu Dallari salientam alguns aspectos dos recursos administrativos, a partir das observações da obra de Maria Sylvia Zanella di Pietro:

“Maria Sylvia Zanella di Pietro (Direito Administrativo, p. 492) destaca algumas peculiaridades ou possibilidades inerentes ao recurso administrativo, que não existem no recurso judicial, quais sejam: alegar em instância superior o que não foi arguido de início; reexaminar a matéria de fato; e produzir novas provas. Isto se justifica, diz ela, porque o objetivo do recurso administrativo é a preservação da legalidade administrativa. Este objetivo deve estar sempre acima do interesse de qualquer das partes. Quando se fala em recurso, simplesmente, sem adjetivação, normalmente se pretende referir ao recurso hierárquico voluntário, ou seja, recurso que pode ser, ou não, apresentado pela parte interessada que não se conformar com decisão anteriormente proferida. Existe, entretanto, um recurso hierárquico obrigatório, que é o chamado recurso de ofício, que tem cabimento no caso de decisão em favor do particular e contra a Administração. Nessa situação, havendo previsão normativa expressa, deve a autoridade que assim decidiu ‘recorrer’ de sua própria decisão, ou, mais exatamente, submeter sua decisão ao crivo de autoridade administrativa hierarquicamente superior.” (FERRAZ, DALLARI. 2002, p. 176/177).

Fomos acostumados a pensar o Direito Administrativo como aquele ramo do Direito que regula o funcionamento da Administração Pública, que, por sua vez, detém diversos poderes, como o normativo, o regulamentar, o discricionário, o disciplinar e o hierárquico, para que possa cumprir com suas missões constitucionais. Assim, a hierarquia confere aos administradores, de maiores instâncias, a possibilidade de ordenar, controlar e corrigir as atividades internas da Administração, inclusive delegando e avocando competências na estrutura administrativa. Será, contudo, que esses poderes hierárquicos são compatíveis com a jurisdição administrativa moderna? Qual deve ser a estrutura recursal administrativa a ser utilizada? A regularmente embasada na hierarquia ou aquela outra em que a autonomia decisória do agente

administrativo seja prioritária? Não seria interessante a reformulação do procedimento administrativo brasileiro para que se permita uma maior independência?

A proposta que fazemos é a manutenção de uma estrutura administrativa básica, de primeira instância, que decidiria os pleitos dos administrados, de acordo com os diversos poderes administrativos supra referidos, inclusive o hierárquico. Entretanto, para além da hierarquia comumente conhecida dos administrativistas, as instâncias recursais poderiam ser atualizadas, para que sejam compostas por servidores estáveis de carreiras distintas e formação plural, que decidiriam os recursos de modo colegiado, sem qualquer vinculação hierárquica com a primeira instância ou com os agentes que os nomearam, o que permitiria melhor abertura procedimental ao cidadão-administrado, e concretização de direitos fundamentais dos administrados, inclusive com a criação de uma base de precedentes administrativos, a vincular e orientar o labor diário dos órgãos administrativos singulares *a quo*. Eis como Rodrigo Bordalo aborda a atualização do poder hierárquico, em face de órgãos decisórios colegiados:

“Também é possível reconhecer que a hierarquia promove a ‘racionalidade na gestão administrativa de forma a assegurar a simplicidade, coordenação e unidade de comando’. Outro aspecto que merece consideração é o caráter policêntrico da Administração atual, ‘composta por uma multiplicidade de organizações funcionalmente delimitadas, dotadas de variados graus de autonomia e dependência entre si’, o que evidencia, em expressão eloquente, uma ‘fuga da administração central’. Neste contexto, verifica-se o abandono do modelo estatal hierárquico-burocrático weberiano, de modo a enfraquecer a ênfase organizacional conferida à figura da hierarquia administrativa. O fenômeno descrito decorre de um reforço às autonomias, compreendidas como instâncias estruturais administrativas dotadas de maior independência. Segundo Caetano, autonomia e hierarquia são termos antônimos. ‘Enquanto a hierarquia pressupõe a subordinação de uns órgãos a outros, a autonomia quer dizer competência do órgão para decidir sem receber ordens nem ficar dependente de qualquer outro órgão, guiando-se apenas pela lei e pelo seu próprio critério de boa administração’. Desta forma, pode-se efetivamente reconhecer a ocorrência de uma proliferação de centros administrativos decisórios, imunes à hierarquia e aos poderes dela decorrentes.” (BORDALO, 2016, p. 75).

Ou seja, é possível pensar em reformular a instância recursal administrativa, para fins de simplificar procedimentos administrativos, empoderando e autonomizando agentes dos órgãos administrativos recursais e ressignificando o procedimento em si. As ideias de se conferir inamovibilidade a tais agentes públicos, bem como de mandatos fixos, distintos do tempo político das eleições, ou de cargos públicos específicos para a instância recursal (como foi feito na criação dos cargos de juízes das turmas recursais dos juizados especiais federais – Lei 12.665/2012), são medidas interessantes, que podem surtir bons efeitos administrativos. Do mesmo modo, algumas vedações e

incompatibilidades poderiam ser fixadas para os membros de tais instâncias, tais como a vedação do exercício de atividades político-eleitorais e de atividades concomitantes de outras funções públicas, salvo a de professor.

Outra proposta interessante seria a criação de uma junta recursal administrativa especializada, necessária (nos limites do que o legislador dispuser), formada apenas por autoridades administrativas independentes profissionalmente mais experientes, que teriam a atribuição de decidir as controvérsias envolvendo a Administração, com prazo certo e determinado para decisão¹², após o que estaria franqueada a possibilidade de controle judicial das decisões jurisdicionais desta junta recursal ou da primeira instância administrativa. Tal medida traria racionalidade e maturação temporal para as decisões, respeitando a razoável duração do processo administrativo, e desestimulando o acesso ao Poder Judiciário de ações mal fundamentadas e temerárias ou de medidas autotuteladoras, manejadas por uma Administração mal conduzida¹³. Hermann-Josef Blanke apresenta-nos como tal instância administrativa necessária funciona na Alemanha e como ela é importante para o próprio administrado:

Antes de propor a ação de impugnação (Anfechtungsklage) e a ação de condenação (Verpflichtungsklage) é, em regra, necessário o reexame da legalidade e oportunidade do ato administrativo, em procedimento administrativo prévio (Vorverfahren - § 68, I 1 e II VwGO), que é extrajudicial e faz parte do próprio procedimento administrativo. Conduzido por autoridade administrativa, esse procedimento prévio é um instrumento de autocontrole, não só do interesse da Administração Pública, mas também do cidadão. (PERLINGEIRO, BLANKE, SOMMERMANN, 2009, p. 38).

As exceções a esta instância necessária ocorreriam quando o ato administrativo tivesse sido praticado pela última instância administrativa do ente estatal respectivo ou

¹² Neste sentido, o Código modelo euro-americano de jurisdição administrativa estabelece, em seu art. 32.2 que um mês é o prazo razoável para decisão da autoridade administrativa, salvo justificativa que permita alongar esse prazo. Pensamos que o mesmo prazo pode ser o considerado para fins desta instância recursal administrativa obrigatória, permitindo-se, por outro lado, a utilização judicial de medidas cautelares, para superar esse requisito de esgotamento da instância (art. 32.3) em casos específicos que demandem tutela efetiva de algum direito fundamental.

¹³ Sob o ponto de vista do ordenamento jurídico português, Colaço Antunes assim opina, com acerto: *“Impõe-se também encontrar resposta processual no que tange à legitimidade e interesse em agir para o litigante temerário, que tantas vezes acode ao Tribunal como forma de contornar (ilegitimamente) o cumprimento do devido, o que, obviamente, é extensível a uma Administração que recorre à via judicial para atrasar o inevitável. O litigante irresponsável deveria ser punido, seja quem for. Neste aspeto, o legislador tem uma particular responsabilidade, pois o atual sistema de justiça administrativa escancara as portas a todo e qualquer litigante desprovido do mínimo de boa fé. Creio, aliás, que um dos problemas mais graves do atual contencioso administrativo é um considerável abuso do direito de ação, como temos vindo repetidamente a assinalar.”* (ANTUNES, 2012, p. 651).

quando houvesse alguma comprovada violação a direito fundamental, cuja persecução seria passível de ação judicial.

Um procedimento recursal necessário como esse evitaria a perda de tempo com eventual pedido de reexame pela própria autoridade administrativa (art. 56, § 1º, da Lei 9.784/99) que raramente muda seu entendimento. Não estaria impedida, contudo, a atuação provocada ou mesmo *ex-officio* da autoridade administrativa *a quo* que, justificando a ocorrência de *error in procedendo* em seu julgamento anterior, retifica o ato administrativo, no curso do procedimento recursal necessário.

Além disso, tal procedimento necessário evitaria o desperdício de tempo e recursos e a incoerência entre possíveis decisões conflitantes de até três instâncias administrativas, como delinea o art. 57 da Lei 9.784/99. A decisão já partiria diretamente da autoridade administrativa, ou da junta recursal administrativa necessária; o que não impediria o controle jurisdicional posterior das decisões, de uma ou de outra instância.

Por fim, é de se salientar que a advocacia pública¹⁴ e organizações não governamentais com *expertise* na matéria específica poderiam colaborar consideravelmente com a participação nestes órgãos decisórios administrativos, direta ou indiretamente, na forma de sua regulamentação.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O controle da Administração Pública brasileiro padece de um mal aparente: replicam-se queixas da atuação injusta ou incorreta dos órgãos administrativos de decisão, bem como da atuação morosa (quando também não é incorreta/injusta) dos órgãos judiciários de controle. As autoridades administrativas, por sua vez, queixam-se de não possuírem independência para decidir e do forte e demasiado controle exercido pelo Judiciário, enquanto os juízes e tribunais tentam debelar o retrabalho e a repetição de demandas. Que modelo nossa sociedade deseja? Do que precisamos?

A não ser que estejamos todos dispostos a viver como Sísifo, envergando toda a nossa energia e recursos para findar processos (administrativos ou judiciais) sem

¹⁴ Atente-se para o fato de que o art. 32, II, da Lei 13.140/2015 prevê que: Art. 32. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios poderão criar câmaras de prevenção e resolução administrativa de conflitos, no âmbito dos respectivos órgãos da Advocacia Pública, onde houver, com competência para: [...] II - avaliar a admissibilidade dos pedidos de resolução de conflitos, por meio de composição, no caso de controvérsia entre particular e pessoa jurídica de direito público.”

qualquer preocupação com a efetividade das decisões na vida real dos envolvidos, cremos que mudanças paradigmáticas devem ser adotadas.

Nesse sentido, entendemos que um melhor equilíbrio entre a independência das autoridades administrativas e o poder hierárquico atinente à Administração Pública e ao controle judicial desta mesma Administração pode ser obtido com uma reforma constitucional e legal que reorganize o controle judicial para um sistema realmente dual, no qual se respeite adequadamente a capacidade técnica adequada dos órgãos administrativos e a especialização dos órgãos judiciais de controle, bem como se a jurisprudência e a doutrina observassem parâmetros de autocontenção jurisdicional, no exercício deste controle da Administração Pública.

Especificamente quanto ao tema da jurisdição administrativa, entendemos que a criação de uma instância recursal administrativa necessária, nos limites definidos pelo legislador, também pode contribuir para maior efetividade dos direitos fundamentais do cidadão perante a Administração. Essa instância seria formada por profissionais e autoridades administrativas independentes, sem vinculação direta a agentes puramente políticos, e protegidos por garantias como estabilidade e nomeação autônoma de dirigentes, com mandato fixo. Além disso, os procedimentos administrativos deveriam ser modernamente abertos à participação e ao acesso público do administrado e outras instituições (de acordo com o objeto), o que deveras sobrelevaria a “legitimação pelo procedimento” destas autoridades independentes.

É certo que estas mudanças constitucionais e legais demandam um significativo esforço parlamentar. Mas, de outro lado, se concretizadas, tais alterações representariam uma verdadeira ressignificação da Administração Pública brasileira e das relações entre Poder Executivo e Poder Judiciário, e evitariam que a “pedra” de Sísifo – representada, neste caso, pela crescente quantidade de processos e lides, reais e virtuais – permanecesse demandando da sociedade um gigantesco esforço e dispêndio de recursos para empurrá-la para um ponto de equilíbrio. Encontrar este ponto ótimo, no qual Sísifo perceba que não precisa mais gastar tanta energia e se liberte desta herança que é tratar os processos e lides como uma pedra a rolar para o alto (e da qual se teme ser atropelado), é uma tarefa, portanto, que não pode prescindir de desafios e reformas constitucionais e legais como as que o presente texto sugere, dentre tantas outras debatidas diuturnamente pelas universidades brasileiras.

7. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ABERASTURY, Pedro; BLANKE, Hermann-Josef. **Tendencias actuales del procedimiento administrativo en Latinoamérica y Europa**. Buenos Aires: Eudeba, 2012.
- ANTUNES, Luís Filipe Colaço. **A Ciência jurídica administrativa: noções fundamentais**. Coimbra: Almedina, 2012.
- BADIN, Arthur Sanchez. **Controle judicial das políticas públicas**. São Paulo: Malheiros, 2013.
- BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização**. 3ª Ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2014.
- BORDALO, Rodrigo. **Os órgãos colegiados no direito administrativo brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2016.
- BRITO, Wladimir. **Lições de direito processual administrativo**. 2ª Ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2008.
- CARVALHO, Gustavo Marinho de. **Precedentes administrativos no direito brasileiro**. São Paulo: Contracorrente, 2015.
- CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 25ª Ed. São Paulo: Atlas, 2012.
- DIAS, José Eduardo Figueiredo; OLIVEIRA, Fernanda Paula. **Noções Fundamentais de Direito Administrativo**. 2ª Ed. Coimbra: Almedina, 2011.
- ENTERRÍA, Eduardo García; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. **Curso de Direito Administrativo**. Vol. II. São Paulo: RT, 2014.
- FERRAZ, Sérgio; DALLARI, Adilson Abreu. **Processo Administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2002.
- FREITAS, Juarez. **Discricionariedade administrativa e o direito fundamental à boa administração pública**. 2. Ed. São Paulo: Malheiros, 2009.
- GABBAY, Daniela Monteiro; CUNHA, Luciana Gross (org.). **Litigiosidade, morosidade e litigância repetitiva no judiciário: uma análise empírica**. São Paulo: Saraiva, 2012.
- JORDÃO, Eduardo. **Controle judicial de uma administração pública complexa: a experiência estrangeira na adaptação da intensidade do controle**. São Paulo: Malheiros, 2016.

- MEDAUAR, Odete. **Controle da administração pública**. 2. Ed. São Paulo: RT, 2012.
- MOREIRA NETTO, Diogo de Figueiredo. **Curso de Direito Administrativo**. 16ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.
- NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. **Direito Administrativo contemporâneo: temas fundamentais**. Salvador: JusPodivm, 2016.
- PERLINGEIRO, Ricardo; BLANKE, Hermann-Josef; SOMMERMANN, Karl-Peter (coord.). **Código de jurisdição administrativa (o modelo alemão)**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.
- PERLINGEIRO, Ricardo. **Uma perspectiva histórica da jurisdição administrativa na América Latina: tradição europeia-continental versus influência norte-americana**. Revista de Investigações Constitucionais: Curitiba, vol. 2, n. 1, p. 89-136, jan./abr. 2015. DOI: <http://dx.doi.org/10.5380/rinc.v2i1.43103>.
- RAMOS, Erasmo Marcos. **Direito ambiental comparado: Brasil-Alemanha-EUA: uma análise exemplificada dos instrumentos ambientais brasileiros à luz do direito comparado**. Maringá: Midiograf II, 2009.
- SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. **Direito constitucional: teoria, história e métodos de trabalho**. Belo Horizonte: Fórum, 2013.
- VALLE, Vanice Regina Lírio do. **Direito fundamental à boa administração e governança**. Belo Horizonte: Fórum, 2011.