

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL  
FACULDADE DE DIREITO  
DEPARTAMENTO DE DIREITO PÚBLICO E FILOSOFIA DO DIREITO

FRANCINE MARIA ZANETTI DE ALBUQUERQUE

**A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E A SEPARAÇÃO DOS PODERES**

Porto Alegre

2019

FRANCINE MARIA ZANETTI DE ALBUQUERQUE

**A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E A SEPARAÇÃO DOS PODERES**

Trabalho de conclusão de curso apresentado à Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul como requisito parcial para obtenção do grau de bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais.

Orientador: Prof. Dr. Carlos Eduardo Dieder Reverbel

Porto Alegre

2019

### CIP - Catalogação na Publicação

Zanetti de Albuquerque, Francine Maria  
A Administração Pública e a Separação dos Poderes /  
Francine Maria Zanetti de Albuquerque. -- 2019.  
93 f.  
Orientador: Carlos Eduardo Dieder Reverbel.

Trabalho de conclusão de curso (Graduação) --  
Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Faculdade  
de Direito, Curso de Ciências Jurídicas e Sociais,  
Porto Alegre, BR-RS, 2019.

1. Administração Pública. 2. Separação de poderes.  
3. Teoria do Estado. 4. Hexapartição dos poderes . 5.  
Justiça administrativa . I. Reverbel, Carlos Eduardo  
Dieder, orient. II. Título.

FRANCINE MARIA ZANETTI DE ALBUQUERQUE

**A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E A SEPARAÇÃO DOS PODERES**

Trabalho de conclusão de curso apresentado à Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul como requisito parcial para obtenção do grau de bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais.

Orientador: Prof. Dr. Carlos Eduardo Dieder Reverbel

Aprovada em 18 de dezembro de 2019.

BANCA EXAMINADORA:

---

Prof. Carlos Eduardo Dieder Reverbel (Orientador)

---

Prof. Gaio Lima Monte

---

Prof. Geomar Andre Bender

*Dedico este trabalho aos meus pais, Ana e Edison.*

## AGRADECIMENTOS

A Deus, por me proporcionar muito mais do que ousei pedir.

Aos meus pais, por permanecerem sempre tão presentes, pelo exemplo de suas vidas e por acreditarem que seria possível chegar aqui, quando *às vezes eu mesma duvidava*.

Ao meu orientador, Prof. Carlos Eduardo Dieder Reverbel. Agradeço pela amizade, pela confiança e pela atenção dedicada ao meu projeto.

Aos meus amigos, presentes e distantes. Não vou listá-los todos para evitar injustiças; os verdadeiros sabem quem são. Agradeço, ainda, àqueles que se dispuseram a ler e a sugerir melhorias para este trabalho.

Aos chefes e colegas do Tribunal Regional Federal da 4ª Região. Serei eternamente grata pela compreensão e pelas oportunidades — elas não têm preço. Cada um deles, assim como a instituição, têm papel essencial no meu desenvolvimento pessoal e profissional.

Aos demais professores que marcaram de forma singular meu período de graduação na Universidade Federal do Rio Grande do Sul, especialmente: Marcus Boeira, Alfredo de Jesus dal Molin Flores, Rodrigo Valin de Oliveira e Luis Fernando Barzotto. Obrigada por toda a dedicação que empreenderam — dedicação transformada em parcerias e aprendizados, que jamais se apagarão.

Aos professores da banca examinadora, agradeço por aceitarem o convite.

*“[...] a idealidade do direito não desce às estruturas jurídicas do mundo humano como um raio da claridade diamantina do mundo inteligível. É uma idealidade problemática, isto é, uma obra para ser continuada e recomeçada sempre [...]”.* SIMONE GOYARD-FABRE. Os fundamentos da ordem jurídica. São Paulo, p. XIV.

## RESUMO

*A Administração Pública e a Hexapartição dos Poderes* se insere na Teoria do Estado e tem como objetivo aprofundar a descrição realizada por Cezar Saldanha Souza Junior e por Carlos Reverbel, da obra *O Tribunal Constitucional como Poder*, sobre a Administração Pública como poder político, bem como aplicar os conceitos teóricos para analisar as instituições brasileiras, de maneira a pontuar problemas e soluções visando à racionalização do sistema. O conteúdo do texto é dividido em dois capítulos e parte do mais abstrato (primeira parte do trabalho) para o concreto (segunda parte). Primeiramente, descreve a evolução histórica dos poderes do Estado — da concentração, típica da Era Moderna, e seus antecedentes, ao processo de separação dos poderes, o qual culminou na hexapartição, com o advento do Tribunal Constitucional; depois, descreve os três poderes cujo funcionamento é pertinente para que se entendam os motivos e as consequências do arranjo institucional brasileiro no que se refere à atividade administrativa e ao seu controle jurisdicional. Na segunda parte, o trabalho adentra especificamente no tema da Administração Pública na realidade nacional; passa pelas relações importantes entre poderes, pontuando atritos entre eles e impasses no que tange à delimitação das competências de cada qual. A partir daí, foca especificamente no funcionamento da Administração — na prática, dependente do Governo e subordinada ao Judiciário por conta do controle judicial (e não apenas jurisdicional) dos seus atos. Por fim, a monografia foca nas soluções que a Teoria do Estado, partindo do pressuposto da hexapartição dos poderes, pode oferecer aos impasses pontuados, mediante reformas institucionais que reorganizem: (i) os poderes políticos e (ii) o controle jurisdicional do ato administrativo, de modo a possibilitar maior eficiência e racionalidade às instituições políticas.

**Palavras-chave:** Poderes políticos. Poderes do Estado. Separação dos poderes. Pentapartição dos poderes. Hexapartição dos poderes. Administração Pública. Poder Administrativo. Ato administrativo. Controle jurisdicional. Jurisdição Administrativa. Justiça Administrativa.

## ABSTRACT

*The Public Administration and the Hexapartition of Powers* is inserted in the Theory of the State and has as propose to deepen the description made by Cezar Saldanha Souza Junior and Carlos Reverbel, from the work *O Tribunal Constitucional como Poder (The Constitutional Court as Power)*, about the Public Administration as a political power, as well as apply the theoretical concepts in order to analyze Brazilian institutions, in order to point out problems and solutions aiming the rationalization of the system. The text's content is divided in two chapters and starts from the most abstract (first part of the work) to the most concrete (second one). Firstly, describes the historical evolution of the powers of the State — from the concentration, typical of the Modern Age, and its backgrounds, to the the process of separation of powers, which has culminated in the hexapartition with the arrival of the Constitutional Court; later on, it describes the three powers whose operation is pertinent in order to understand the reasons and consequences of the Brazilian institutional arrangement when it comes to the administrative activity and its jurisdictional control. In the second part, the work specifically addresses the theme of Public Administration in Brazil's reality. It goes through the important relations between the powers, punctuating frictions between them, as well as problems regarding the delimitation of each one. From there, focuses specifically on the functioning of the Administration — in reality, dependent on the Government and subordinate to the Judiciary because of the judicial (and not only jurisdictional) control of its acts. Finally, the monograph focuses on the solutions that can be provided by the Theory of the State, starting from the assumption of the hexapartition of powers, can offer to the pointed problems, through institutional reforms that will reorganize: (i) political powers; and (ii) jurisdictional control of the administrative act, in order to provide more efficiency and rationality to political institutions.

**Keywords:** Political powers. Powers of the State. Separation of powers. Pentapartition of powers. Hexapartition of powers. Public Administration. Administrative Power. Administrative act. Jurisdictional control. Administrative jurisdiction. Administrative justice.

## SUMÁRIO

<b>1 INTRODUÇÃO.....</b>	<b>10</b>
<b>2 PODERES DO ESTADO: JUDICIÁRIO, TRIBUNAL CONSTITUCIONAL E ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA.....</b>	<b>12</b>
2.1 DA CONCENTRAÇÃO À HEXAPARTIÇÃO DOS PODERES NO BRASIL .....	12
2.2 O PODER JUDICIÁRIO E SUAS FUNÇÕES .....	21
2.3 O TRIBUNAL CONSTITUCIONAL E SUAS FUNÇÕES .....	24
2.4 O PODER ADMINISTRATIVO E SUAS FUNÇÕES .....	28
<b>3 A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA NO ESTADO BRASILEIRO .....</b>	<b>36</b>
3.1 RELAÇÃO ENTRE ADMINISTRAÇÃO, GOVERNO, JUDICIÁRIO E PARLAMENTO.....	36
3.2 O FUNCIONAMENTO DA ADMINISTRAÇÃO: ANÁLISE E DIAGNÓSTICO .....	44
3.3 A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA COMO PODER E O CONTROLE JURISDICIONAL DO ATO ADMINISTRATIVO .....	55
3.3.1 Separação entre Governo e Administração .....	56
3.3.2 Controle jurisdicional do ato administrativo .....	58
<b>4 CONCLUSÃO .....</b>	<b>84</b>
<b>REFERÊNCIAS .....</b>	<b>86</b>

## 1 INTRODUÇÃO

Este trabalho tem como objeto o estudo da Administração Pública e, de forma mais específica, a Administração brasileira. Visa a descrever o sistema administrativo, constatando suas imperfeições e, mediante estudo bibliográfico e análise das características reais, traçar possibilidades de reparos. Para tal, seguir-se-á da seguinte forma: partirá dos aspectos históricos e dos conceitos teóricos para, enfim, aplicar essas informações à situação concreta do Brasil, considerando dados colhidos da realidade institucional do país.

A monografia será dividida em duas partes básicas; cada um deles se constitui num capítulo e se destina a estudar a Administração Pública sob uma perspectiva específica.

No primeiro capítulo, serão, em primeiro lugar, mapeadas as mudanças e adaptações dos arranjos institucionais ocorridos no Ocidente a partir da descentralização medieval, passando pela concentração dos poderes no Estado Nacional Moderno e chegando à repartição atual dos poderes políticos existente em alguns Estados democráticos. Nesse contexto, será, ainda, localizada a Administração Pública como poder político dentro do quadro histórico, determinando suas características e funções; o mesmo procedimento será feito acerca do Poder Judiciário e do Tribunal Constitucional (visto que ligados de maneira mais nítida, assim como a Administração Pública, à atividade jurisdicional), a fim de lançar as bases teóricas para o entendimento das relações entre os poderes — assunto que será abordado mais adiante. Isso tudo será feito com constantes remissões à história institucional do Brasil, sendo mostrado, acerca de cada etapa, qual repercussão teve — ou deixou de ter — na organização juspolítica do país.

No segundo capítulo, serão descritas as relações entre os poderes consideradas pertinentes no funcionamento da Administração Pública: como o Governo trata com a Administração e como o Judiciário atua diante das funções do Parlamento, considerando o funcionamento da família de direito romano-germânica, em que o Brasil se insere. A seguir, será analisado, de maneira mais detalhada, como opera a Administração Pública brasileira, bem como suas vulnerabilidades advindas da organização juspolítica e da escolha do constituinte para separação dos poderes. É a partir desses dois primeiros tópicos que entenderemos certos fenômenos da realidade nacional, *i.e.*, a baixa eficiência da

Administração e o ativismo judicial. Por fim, será analisada a possibilidade de a Teoria do Estado fornecer mecanismos para racionalização do trabalho das instituições, de maneira a viabilizar o bom funcionamento do Estado simultaneamente à promoção dos direitos fundamentais da pessoa humana.

Ressalte-se que a base teórica deste trabalho é a descrição de Cezar Saldanha Souza Junior e Carlos Eduardo Dieder Reverbel na obra *O Tribunal Constitucional como Poder*, na qual os autores demonstram a existência de seis poderes políticos existentes em alguns Estados do Ocidente, trazendo ao leitor os fatos e as ideias que determinaram o surgimento de cada um. Além disso, permeia este trabalho, como pressuposto para a concepção de divisão de poderes, a articulação dos fins e funções do Estado e a consequente alocação deles na *pirâmide juspolítica*, elaborada por Souza Junior a partir das obras de Georg Jellinek, Marcelo Caetano, Hans Kelsen e Karl Loewenstein.

## 2 PODERES DO ESTADO: JUDICIÁRIO, TRIBUNAL CONSTITUCIONAL E ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

### 2.1. DA CONCENTRAÇÃO À HEXAPARTIÇÃO DOS PODERES NO BRASIL

No contexto das Grandes Navegações e um ano antes da chegada de Tomé de Sousa à costa americana, em 1549, o Rei de Portugal, Dom João III, edita um regimento tratando da organização do Estado do Brasil. Nesse aspecto, importante pontuar que João Camilo de Oliveira Torres foi o primeiro brasileiro a observar que as *instituições* (isto é, a máquina estatal) vieram diretamente da Europa, anteriormente ao próprio povo<sup>1</sup>; transplantados, pois, os institutos, os valores, o sistema juspolítico e a própria forma de distribuição dos poderes políticos. Nesse sentido, o regimento de 1548, ato da monarquia portuguesa, é considerado por alguns autores nossa primeira Constituição, visto que organizou o poder político no que tange às funções e à distribuição territorial, bem como tratou da defesa do território<sup>2</sup> — consistia no “corpo de regras que definem a organização fundamental do Estado”<sup>3</sup>.

A fundação do Estado brasileiro, com o aludido regimento, ocorre no contexto do Estado moderno português, cujos poderes políticos já se encontravam concentrados na Coroa; assim, as características que determinam o Reino Medieval Feudal<sup>4</sup> — (i) distribuição fragmentada do poder político entre os feudos; e (ii) sociedade hierarquizada pelos vínculos feudais, pelos pactos e compromissos de fidelidade e de proteção<sup>5</sup> — nunca foram reconhecíveis no continente americano. A história dos poderes na América lusitana, portanto, inicia-se numa realidade de *concentração*, de *institucionalização* da esfera pública. O Brasil recém-fundado é parte de uma unidade política denominada Estado Burocrático Centralizado

---

<sup>1</sup> “Quando o Brasil era uma ficção geográfica, território incerto, habitado por indígenas ou colonos esparsos, chega-nos Tomé de Sousa com a máquina governamental completa: câmaras, juizes, tropas, clero. O governo geral do Brasil se instalou antes que houvesse «Brasil» a ser governado”. OLIVEIRA TORRES, João Camilo de. **A democracia coroada: teoria política do Império do Brasil**. 2ª. ed. Petrópolis: Vozes, 1964. p. 53.

<sup>2</sup> SOUZA JÚNIOR, Cezar Saldanha. *Constituições do Brasil*. Porto Alegre: Sagra Luzzatto, 2002. p. 15.

<sup>3</sup> Quanto à definição de *constituição*, ver FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de direito constitucional**. 40ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 31.

<sup>4</sup> Aprofundamento quanto aos traços marcantes dessa unidade política, assim como quanto às funções do Rei no ocidente medieval, pode ser encontrado na obra de SOUZA JÚNIOR, Cezar Saldanha; REVERBEL, Carlos Eduardo Dieder. **O Tribunal Constitucional como poder: uma nova visão dos poderes políticos**. 2ª. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002. pp. 28-34.

<sup>5</sup> Sobre a Idade Média, ver o clássico da medievalista francesa PERNOUD, Régine. **Luz sobre a Idade Média**. 1ª. ed. Portugal: Europa-América, 1997. p. 29.

Territorial Nacional Moderno então vigente na Península Ibérica — possuindo, inclusive, igualdade de direitos (mesmo em relação aos súditos) ao Portugal europeu<sup>6</sup>.

O Estado ocidental característico da modernidade, construção essencialmente europeia que gira em torno da instituição monárquica, tem cinco características principais. É um Estado (i) *burocrático*, isto é, dotado de um corpo de funcionários pagos pelo Poder Público, os quais realizam as funções anteriormente de competência dos senhores feudais; (ii) *centralizado*, com o poder central cumulando a totalidade das funções políticas; (iii) *territorial*, ou seja, com poder de mando exercido dentro de uma circunscrição determinada, ressaltada a importância das fronteiras; (iv) *nacional*, no sentido de populações unidas em obediência, ao longo do tempo, a um mesmo poder central, dotadas de consciência histórica; e (v) *moderno*, no sentido temporal, por conta do surgimento na idade histórica adjetivada *Moderna*, sofrendo influência da cosmovisão específica desse período<sup>7</sup>.

Nessa ordem de acontecimentos e mediante a influência do pensamento iluminista, difundiu-se na Europa que a concentração do poder não poderia coexistir com o valor da liberdade individual e com a prevenção do arbítrio. Foi na Inglaterra — e unicamente no país anglo-saxônico —, num contexto de institucionalização do público fundamentado no *King in Parliament*<sup>8</sup>, que se criaram as condições para a primeira etapa da separação dos poderes do Estado<sup>9</sup>, ou, como prefere Ferreira Filho, para a *divisão funcional do poder*<sup>10</sup>.

Nessa conjuntura, a chamada Revolução Gloriosa de 1688 se deu no âmbito do consenso parlamentar, tendo ocorrido mediante aceitação e aprimoramento das instituições e

---

<sup>6</sup> Quanto ao equívoco cometido ao denominar o Brasil português como *colônia*, no sentido pejorativo de *área destinada à exploração*, ver SOUZA JÚNIOR, Cezar Saldanha. **Constituições do Brasil**. 1ª. ed. Porto Alegre: Sagra Luzzatto, 2002. p. 17.

<sup>7</sup> *Idem*. **O Tribunal Constitucional como poder: uma nova visão dos poderes políticos**. 2ª. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002. pp. 39-41.

<sup>8</sup> A manutenção do Parlamento ao longo dos séculos, com a consequente representação direta de segmentos sociais (ainda que, comparativamente aos parlamentos atuais, de maneira restritiva), foi essencial para a evolução institucional do Poder Legislativo inglês: desempenhava o papel de freio ao poder dos reis, estes atuando de maneira conjunta com o Parlamento (“Rei em Parlamento”). Distinta foi a conformação dos poderes políticos na França, tendo em vista que, na medida em que as lutas políticas se resolviam de maneira favorável à Coroa, somando-se à produção teórica favorável ao absolutismo, o poder real tornou-se pessoal, numa ordem absolutista à qual todos deveriam se submeter. Ver BRUM TORRES, João Carlos. **Figuras do Estado moderno**. 1ª. ed. São paulo: Brasiliense, 1989. pp. 170-171 e 173.

<sup>9</sup> Para Konrad Hesse, a separação de poderes é o princípio fundamental da ordem das funções estatais, dos órgãos aos quais elas são confiadas e das competências desses órgãos. Ver HESSE, Konrad. **Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha**. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Fabris, 1998. p. 365.

<sup>10</sup> FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de direito constitucional**. 40ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 162.

não de forma insurrecional. O *Bill of Rights*, pacto entre a Coroa e o Parlamento, tornou o Poder Legislativo autônomo em relação ao Rei, num processo denominado *bipartição dos poderes*<sup>11</sup>.

Todavia, o restante da Europa não conheceu a bipartição dos poderes políticos. Especificamente no caso português, a primeira Constituição (no sentido formal, tal como definido pelo jurista italiano Santi Romano<sup>12</sup>), datada de 1822, desmembrou o poder do Reino Unido de Portugal, Brasil e Algarves — o qual era monárquico e concentrado — diretamente em *tripartição* dos poderes políticos. A Carta Magna portuguesa tratou do Poder Legislativo ou das Cortes no Título III, do Poder Executivo ou do Rei no Título IV e do Poder Judicial no Título V<sup>13</sup>. Tal separação fora instituída na Inglaterra, mediante o Ato do Estabelecimento, ainda em 1701<sup>14</sup>.

A primeira Constituição do Brasil como império independente, jurada pelo Imperador Dom Pedro I em 25 de março de 1824, seguiu a tendência liberal, então predominante na Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, tendo em vista a formação das nossas elites. Todavia, a linha teórica do liberalismo que prevaleceu foi a *inglesa*, com sua característica reformadora — distinta da vertente *francesa*, mais radical e atrelada às correntes de 1789 (tendente a fazer “tábula rasa” da realidade<sup>15</sup>). Cite-se, oportunamente, que — diferentemente dos países hispânicos, nos quais inexistia qualquer símbolo da unidade

---

<sup>11</sup> SOUZA JÚNIOR, Cezar Saldanha. **Constituições do Brasil**. 1ª. ed. Porto Alegre: Sagra Luzzatto, 2002. pp. 51-54.

<sup>12</sup> “Constituição, em sentido formal ou instrumental, nada mais é senão o documento, a ‘carta’, o ‘estatuto’ [...]”. ROMANO, Santi. **Princípios de Direito Constitucional Geral**. 1ª. ed. São Paulo: Revista. dos Tribunais, 1977. p. 4.

<sup>13</sup> PORTUGAL. Constituição (1822). **Constituição Portuguesa de 23 de setembro de 1822**. Disponível em: [http://www.cervantesvirtual.com/obra-visor/constituico-portuguesa-de-23-de-setembro-de-1822--0/html/ffd038dc-82b1-11df-acc7-002185ce6064\\_1.html](http://www.cervantesvirtual.com/obra-visor/constituico-portuguesa-de-23-de-setembro-de-1822--0/html/ffd038dc-82b1-11df-acc7-002185ce6064_1.html). Acessado em: 08 mai. 2019.

<sup>14</sup> “O Ato do Estabelecimento de 12 de junho de 1701 [...] determinou, de modo explícito, que os magistrados conservar-se-iam em seus cargos, não mais enquanto contassem com o beneplácito real (*durante bene placito regis*), mas enquanto demonstrassem zelo no cumprimento dos seus deveres funcionais”. SOUZA JÚNIOR, Cezar Saldanha; REVERBEL, Carlos Eduardo Dieder. **O Tribunal Constitucional como poder: uma nova visão dos poderes políticos**. 2ª. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 61.

<sup>15</sup> A experiência liberal consagrou dois modelos básicos de liberalismo, cada um com sua forma de conceber a liberdade e de organizar o Estado. O primeiro deles, de origem inglesa, é mais conservador, tende a preservar as instituições e ideias do passado e a adaptá-las quando necessário; os ingleses souberam, como ninguém, criar um Estado liberal com base nas instituições políticas da Idade Média. A segunda linha de liberalismo, de origem francesa, possui caráter revolucionário, tendente à ruptura com o passado e com suas respectivas ideias e instituições. Ver SOUZA JÚNIOR, Cezar Saldanha. **Consenso e tipos de Estado no Ocidente**. 1ª. ed. Porto Alegre: Sagra Luzzatto, 2002. pp. 23-28.

nacional — a independência do Brasil, com a consequente instituição de um ordenamento jurídico próprio, teve na figura do Imperador, filho do Rei de Portugal, um aliado<sup>16</sup>.

Como divisão funcional dos poderes do Estado, a primeira Constituição do Brasil adotou a *tetrapartição*. A tetrapartição de poderes teve sua origem também no Reino Unido: no contexto da primeira metade do século XIX, diante da necessidade da tomada de decisões acerca de interesses em conflito — decisões essas potencialmente impopulares —, a experiência mostrou que seria necessária a transferência da atividade político-ideológica, fonte de desgastes perante o povo, da monarquia (hereditária e vitalícia) para uma nova instituição política, temporária e sujeita à vontade popular: o Gabinete de Ministros<sup>17</sup>. Institucionalizada, pois, a separação entre chefia de Estado e chefia de Governo.

Dessa forma, enquanto o Estado é permanente, suprapartidário, transcendente em relação aos grupos e às disputas do dia e pautado no consenso quanto aos valores e princípios (ordem, liberdade, segurança, bem comum, justiça), o Governo é transitório, ideológico, partidário e sujeito às oposições. Assim sendo, a Chefia de Estado deve se ocupar de zelar pelo bem comum, ao passo que o Chefe de Governo tem a incumbência de implementá-lo de acordo com o projeto político vencedor nas urnas<sup>18</sup>.

No caso brasileiro, a Constituição Imperial instituiu, de uma só vez, quatro poderes políticos, saltando da concentração à tetrapartição; foi a primeira no mundo a adotar tal experiência, teorizada por Benjamin Constant<sup>19</sup> e por ele denominada *pouvoir neutre, intermédiaire e régulateur*<sup>20</sup>. Tratando especificamente do regime constitucional do Império,

---

<sup>16</sup> “Os brasileiros não conseguiram a Independência arrancando-a-à força do Príncipe Regente; pelo contrário: tiveram nele um aliado e companheiro. D. Pedro, de longa residência no Brasil, sentia-se , muito mais Chefe do Estado brasileiro do que futuro Rei de Portugal. E os brasileiros correspondiam a esta situação, demonstrando sincera disposição de aceitar o fato consumado da monarquia tropical”. OLIVEIRA TORRES, João Camilo de. **A democracia coroada**: teoria política do Império do Brasil. 2ª. ed. Petrópolis: Vozes, 1964. p. 25.

<sup>17</sup> SOUZA JÚNIOR, Cezar Saldanha; REVERBEL, Carlos Eduardo Dieder. **O Tribunal Constitucional como poder**: uma nova visão dos poderes políticos. 2ª. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002. pp. 77-81.

<sup>18</sup> REVERBEL, Carlos Eduardo Dieder. **Reforma política e eleições**: retrospecto, diagnóstico e alternativas para o Brasil. 1ª. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018. p. 56. Nesse mesmo sentido, Marcello Caetano: “Governar é optar entre os rumos ou soluções possíveis”. Em **Manual de direito administrativo**. 1ª. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1970. t. I. p. 8.

<sup>19</sup> Partindo de seu conhecimento sobre a realidade inglesa, Benjamin Constant achava que a função real era, nesse contexto, “eminente moderadora”. VÉLEZ Rodríguez, Ricardo. **O liberalismo francês**: a tradição doutrinária e a sua influência no Brasil (Apresentação de Antônio Paim). Salvador: Centro de Documentação do Pensamento Brasileiro, 2012 (edição digital). Sobre o tema, ver também: SOUZA JUNIOR, Cezar Saldanha. **Constituições do Brasil**. 1ª. ed. Porto Alegre: Sagra Luzzatto, 2002. p. 30.

<sup>20</sup> “[...] é necessário colocar um poder especial neutro ao lado dos outros poderes, relacionando-o e equilibrando-o com eles por intermédio de poderes específicos. Na história constitucional do século XIX surge, com Benjamin Constant, uma teoria especial do *pouvoir neutre, intermédiaire e régulateur* [...]”. SCHMITT, Carl. **O Guardião da Constituição**. Trad. Geraldo de Carvalho. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. pp. 193-194.

Antonio Joaquim Ribas sustenta que o Poder Moderador foi instituído com a “missão de superintendência, ponderação e direção sobre os demais poderes”, já que a independência entre eles “facilmente degeneraria em rivalidade e luta, ou na sua final absorção por um deles, isto é, na anarquia ou despotismo”<sup>21</sup>.

Nessa ordem de ideias, importante ressaltar, primeiramente, que a Constituição de 1824 dispõe que a divisão e a harmonia entre os poderes políticos é o princípio que conserva os direitos dos cidadãos e torna efetivas as garantias oferecidas pela própria Carta (artigo 9º). Além disso, traz expressamente que seriam reconhecidos como poderes do Estado quatro instituições políticas: o Poder Legislativo, o Poder Executivo, o Poder Judiciário e o Poder Moderador (artigo 10), este último atuando na função de chefia de Estado e de árbitro dos demais poderes<sup>22</sup>.

A primeira experiência de tripartição dos poderes no Brasil ocorreu em virtude do Ato Adicional de 1834, que instituiu a regência una. Com a supressão do Poder Moderador e a reunião das chefias de Estado e de Governo na mesma pessoa, instituiu-se um breve período de *presidencialismo*, ainda sob a vigência da Carta Constitucional de 1824.

Por sua vez, a Constituição de 1891, promulgada após a proclamação da República, foi a responsável por substituir, de maneira duradoura, a forma de governo monarquista pela republicana, bem como o sistema parlamentarista pelo presidencialista; ambas as mudanças estão vigentes até os dias atuais (a despeito do curto período parlamentarista, adotado após a renúncia, em 1961, do presidente Jânio Quadros). Sob influência do sistema norte-americano e com fortes traços da doutrina de Montesquieu, a Carta delegou as chefias de Estado e de Governo ao mesmo órgão, retrocedendo em relação à anterior. Todas as constituições subsequentes (1934, 1937, 1967 e 1988), embora conferindo graus distintos de poder ao Presidente da República, concentram em sua figura o Governo e o Estado.

---

<sup>21</sup> RIBAS, Antonio Joaquim. **Direito administrativo brasileiro**: noções preliminares. 1ª. ed. Rio de Janeiro: F. L. Pinto & C, 1866. pp. 54-55.

<sup>22</sup> BRASIL. Constituição (1824). **Constituição Política do Império do Brasil (de 25 de março de 1824)** Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao24.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao24.htm). Acessado em: 08 mai. 2019. Também em Portugal, no artigo 71 da Constituição de 1826: “O Poder Moderador é a chave de toda a organização política, e compete privativamente ao Rei, como Chefe Supremo da Nação, para que incessantemente vele sobre a manutenção da independência, equilíbrio e harmonia dos mais Poderes Políticos” PORTUGAL. Constituição (1826). **Carta constitucional da Monarquia Portuguesa decretada, e dada pelo Rei de Portugal e Algarves D. Pedro, Imperador do Brasil, aos 29 de abril de 1826**. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/518735>. Acessado em: 22 out. 2019.

No entanto, o transplante da organização de Estado tipicamente norte-americano não foi, e não poderia ser, bem-sucedido na América portuguesa. É a própria formação histórica de cada um dos Estados, com todos os reflexos sociais e culturais, que cria conjunturas heterogêneas e torna inviável a implantação exitosa de um mesmo sistema de governo<sup>23</sup>. Se, no Brasil, a formação do Estado se deu previamente à do povo (e, mais ainda, de um povo politicamente organizado), os Estados Unidos trilharam um caminho simetricamente oposto: o próprio povo organiza-se a si mesmo e, posteriormente, funda a esfera pública.

Em nossos dias, o princípio da soberania do povo teve nos Estados Unidos todos os desenvolvimentos práticos que a imaginação é capaz de conceber. [...]

Há países em que um poder, de certa forma exterior ao corpo social, atua sobre ele e força-o a caminhar em certo sentido.

Outros há em que a força é dividida, situando-se ao mesmo tempo na sociedade e fora dela. Nada parecido se vê nos Estados Unidos; lá a sociedade age por si e sobre si mesma. Só há força em seu seio; quase não se encontra ninguém que ouse conceber e, sobretudo, exprimir a idéia de buscá-la em outra parte. O povo participa da composição das leis pela escolha dos legisladores, da sua aplicação pela eleição dos agentes do poder executivo; podemos dizer que governa por si mesmo, a tal ponto a importância deixada à administração é fraca e restrita, a tal ponto ela é marcada por sua origem popular e obedece ao poder de que emana. O povo reina sobre o mundo político americano como Deus sobre o universo. Ele é a causa e o fim de todas as coisas. Tudo provém dele e tudo nele se absorve.<sup>24</sup>

Dessa forma, a tripartição dos poderes, adotada pela Constituição norte-americana, era adequada ao contexto local, tendo em vista que a *função de governo*, na América do Norte, tende a ser menos atuante diante da sociedade civil altamente organizada numa lógica de *self-government* — a ponto de, ela mesma, fundar o Estado. Além disso, não podemos deixar de mencionar que, em termos de descentralização do poder, os Estados Unidos possuem um federalismo real, uma aplicação verdadeira do princípio da subsidiariedade, em que as funções tipicamente de governo são, além de prerrogativas do povo, atribuídas aos governadores dos estados, tal como se constata na décima emenda da Constituição norte-americana:

---

<sup>23</sup> “[...] as instituições jurídicas [e políticas, acrescentemos] não podem ser isoladas do contexto sociopolítico e cultural de origem, nem dos fundamentos axiológicos do convívio humano. Portanto, em matéria de soluções institucionais, a sociedade deve precaver-se do impacto cultural das importações provenientes de contextos exóticos, pois, muitas vezes, elas produzem efeitos opostos aos pretendidos, ou efeitos colaterais, em que os custos, de longe, ultrapassam os benefícios”. SOUZA JUNIOR, Cezar Saldanha. **A supremacia do Direito no Estado e seus modelos básicos**. Porto Alegre: [s.n.], 2002. p. 19.

<sup>24</sup> TOCQUEVILLE, Alexis de. **A Democracia na América**. Livro I: leis e costumes. Trad. Eduardo Brandão. 2ª. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005. pp. 67-68.

Os poderes não delegados aos Estados Unidos pela Constituição, nem por ela proibidos aos Estados, são reservados aos Estados ou ao povo<sup>25</sup>.

Portanto, podemos verificar que o papel do Presidente, nos Estados Unidos, é, essencialmente, o de *Chefe de Estado*, possuindo poucos deveres relacionados ao *governo* propriamente dito, já que este se encontra, como regra geral, com o povo ou com os governadores dos estados.

No caso brasileiro (e também no restante da América ibérica), a situação de uma política precedente à sociedade provoca uma conjuntura que torna os resultados da adoção da tripartição de poderes distintos em relação aos obtidos nos Estados Unidos. O forte apego à providência estatal, os significativos dissensos na base e a escassez de forças sociais aptas a mobilizar as massas tendo em vista um projeto comum são traços da população brasileira que conferem à sociedade civil características bem peculiares; logo, os efeitos da adoção de instituições semelhantes não seriam os mesmos.

A Constituição de 1824 se adaptava de maneira funcional à realidade tropical, visto que determinava a separação do Estado em relação ao governo do dia, assim como previa o “caráter essencialmente moderador das funções imperiais”<sup>26</sup>, a fim de zelar pela unidade nacional e pelo bem comum. Contrariamente a essa tendência, a Constituição republicana criou um vácuo institucional ao abolir o Poder Moderador.

[...] com a versão tripartite dos poderes, tal como temos hoje, não há um órgão para estabelecer o consenso político acima dos demais. Em razão disso, pressupunha-se que a sociedade brasileira pudesse realizar um forte controle efetivo sobre os poderes. Porém, tal não sucedeu. A sociedade brasileira, por herança patrimonialista e concebida pelo Estado, não o controla efetivamente. Muito pelo contrário. Por ele age e por ele é condicionada. A consequência disso foi uma inadequação das instituições americanas ao nosso contexto, que começou com a República e perpassa até os dias atuais.<sup>27</sup>

<sup>25</sup> “Amendment X (1791). The powers not delegated to the United States by the Constitution, nor prohibited by it to the States, are reserved to the States respectively, or to the people” (tradução nossa). ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Constituição. **Constitution of the United States**. Disponível em: [https://www.senate.gov/civics/constitution\\_item/constitution.htm#amendments](https://www.senate.gov/civics/constitution_item/constitution.htm#amendments). Acesso em: 21 dez. 2019.

<sup>26</sup> OLIVEIRA TORRES, João Camilo de. **A democracia coroada**: teoria política do Império do Brasil. 2ª. ed. Petrópolis: Vozes, 1964. p. 114.

<sup>27</sup> BOEIRA, Marcus. Da necessária separação entre Estado e Governo. **Instituto de Formação e Educação**, Campinas, 10 set. 2015. Disponível em: <http://ife.org.br/da-necessaria-separacao-entre-estado-e-governo-por-marcus-boeira/>. Acessado em 09 mai. 2019.

Nesse aspecto, ainda, pontua Marcus Boeira que “a tripartição clássica dos poderes demonstra um anacronismo em relação ao que a democracia constitucional brasileira aspira em termos práticos”, tornando o país vulnerável a autoritarismos e a golpes de Estado, devido à crônica falta de controle social sobre o governo<sup>28</sup>. É nessa ordem de ideias que a divisão de chefia de Estado e de Governo, com delegação de cada função a uma instituição distinta — tal como na Constituição de 1824 — parece ser o primeiro passo para um sistema mais racional e eficiente.

Na primeira metade do século XX, Ortega y Gasset notou: “há um fato que, para o bem ou para o mal, é o mais importante na vida pública europeia atualmente. Este fato é o advento das massas ao pleno poderio social”<sup>29</sup>. Em acréscimo a isso, verificou-se a radicalização ideológica, a popularização das ideias socialistas, a doutrina social cristã e os consequentes movimentos que exigiam mudanças sociais profundas (a exemplo do voto universal). Todo esse contexto tornou necessário que o Estado assumisse novas posturas: protegendo e conferindo mais direitos e prerrogativas assim como proporcionando um processo político democrático. A harmonização das conquistas do Estado Liberal com a nova conjuntura tornou-se um desafio; e, a fim de concretizar esse objetivo, surge o Estado Social como novo tipo de Estado no Ocidente<sup>30</sup>.

É no contexto do Estado Social, marcado pelo regime democrático pluralista (admitindo, pois, partidos políticos das mais diversas ideologias) e pela intervenção estatal de modo a exercer função positiva<sup>31</sup> (ao invés de atuar apenas negativamente, protegendo a esfera do indivíduo diante do poder), que o arranjo institucional recebe uma quinta instituição

---

<sup>28</sup> BOEIRA, Marcus. Da necessária separação entre Estado e Governo. **Instituto de Formação e Educação**, Campinas, 10 set. 2015. Disponível em: <http://ife.org.br/da-necessaria-separacao-entre-estado-e-governo-por-marcus-boeira/>. Acessado em 09 mai. 2019.

<sup>29</sup> “Hay un hecho que, para bien o para mal, es el más importante en la vida pública europea de la hora presente. Este hecho es el advenimiento de las masas al pleno poderío social”. ORTEGA Y GASSET, José. **La rebelión de las masas**. Cidade do México: [S. n.], p. 10. Ebook. Disponível em [https://monoskop.org/images/f/f6/Ortega\\_y\\_Gasset\\_Jose\\_La\\_rebelion\\_de\\_las\\_masas.pdf](https://monoskop.org/images/f/f6/Ortega_y_Gasset_Jose_La_rebelion_de_las_masas.pdf). Acessado em: 15 out. 2019 (tradução nossa).

<sup>30</sup> Sobre os tipos de Estado que vigoraram na realidade ocidental, ver SOUZA JUNIOR, Cezar Saldanha. **Consenso e tipos de Estado no Ocidente**. 1ª. ed. Porto Alegre: Sagra Luzzatto, 2002.

<sup>31</sup> Trata-se do contexto em que surgiram os direitos sociais: “Direitos sociais concernentes às relações de produção, ao trabalho, à educação, à cultura, à previdência, representavam uma estupenda novidade, um campo por inteiro distinto, desconhecido ao Direito Constitucional clássico. [...] Os princípios sociais enunciados pela Constituição oferecem obstáculos muito mais sérios a uma conversão em direitos subjetivos correlatos do que os antigos direitos da liberdade [...]”. BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 28ª. ed. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 241.

autônoma. A Administração Pública torna-se um *poder*, dando forma à *pentapartição dos poderes políticos*.

Aliás, com o desenvolvimento do próprio Estado Liberal, passa-se a entender que o acesso aos cargos públicos deve ocorrer de acordo com a capacidade do indivíduo e não com fundamento em privilégios<sup>32</sup>. Nesse sentido, o direito administrativo começou a formar um corpo próprio de normas, incluindo aí um sistema de atos (os *atos administrativos*) e de justiça (a *justiça administrativa*), apartada da jurisdição efetuada pelo Poder Judiciário<sup>33</sup>.

O Poder Administrativo, de certa forma pressentido ainda no século XIX por Antonio Joaquim Ribas<sup>34</sup>, aparece pela primeira vez na Constituição de Weimar e se distingue da chefia de Estado e de Governo; trata-se de um órgão constitucional novo e independente dos demais, sob o comando (apenas nominal) do Chefe de Estado e formalmente independente do governo. Isso ocorre de modo a preservar a autonomia administrativa em relação às pautas e disputas ideológicas que, necessariamente, marcam os sucessivos gabinetes governamentais, mantendo sua *legitimidade* e aceitação pelas forças que disputam o poder.

Por fim, importante pontuar brevemente a evolução da separação dos poderes do Estado: idealizado por Hans Kelsen, o Tribunal Constitucional é aplicável como *sexto poder político*, o qual visa a garantir a supremacia da Constituição, de modo que todas as outras normas do ordenamento jurídico sejam com ela compatíveis. Temos, portanto, a *hexapartição dos poderes*.

Diante do exposto, podemos sistematizar a divisão funcional do poder no Estado como uma esquema piramidal (*pirâmide juspolítica*)<sup>35</sup>. Do lado direito, encontram-se os órgãos ligados à *política*, enquanto, do lado esquerdo, aqueles ligados ao *direito*. No topo da pirâmide, localizam-se os dois órgãos de cúpula, que cuidam dos fins últimos do Estado, dos

---

<sup>32</sup> A Constituição Portuguesa de 1822 dispôs que qualquer português é apto a admissão para cargo público, sem distinção, salvo por seus talentos e virtudes (artigo 12) e que nenhuma pessoa pode ter ofício público como sua propriedade, devendo os servidores jurar observar a Constituição e as leis, ser fiel ao Governo e cumprir suas obrigações (artigo 13). PORTUGAL. Constituição (1822). **Constituição Portuguesa de 23 de setembro de 1822**. Disponível em: [http://www.cervantesvirtual.com/obra-visor/constituico-portuguesa-de-23-de-setembro-de-1822--0/html/ffd038dc-82b1-11df-acc7-002185ce6064\\_1.html](http://www.cervantesvirtual.com/obra-visor/constituico-portuguesa-de-23-de-setembro-de-1822--0/html/ffd038dc-82b1-11df-acc7-002185ce6064_1.html). Acessado em: 21 mai. 2019.

<sup>33</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7ª. ed. Coimbra: Almedina, 2003. p. 123.

<sup>34</sup> “Não existe pois um poder administrativo distinto e independente do executivo”. RIBAS, Antonio Joaquim. **Direito administrativo brasileiro: noções preliminares**. 1ª. ed. Rio de Janeiro: F. L. Pinto & C, 1866. p. 56.

<sup>35</sup> REVERBEL, Carlos Eduardo Dieder. (Informação oral). **Aulas de Política e Teoria do Estado do Curso de Ciências Jurídicas e Sociais da Universidade Federal do Rio Grande do Sul**, 1.º semestre de 2019.

valores e dos princípios<sup>36</sup>: o Tribunal Constitucional<sup>37</sup>, na esfera política, e a Chefia de Estado, na esfera jurídica; zelando pelos fins intermediários — e portanto localizados no meio da pirâmide — estão o Poder Legislativo (jurídico) e a Chefia de Governo (política). Na base, aparecem o Poder Judiciário, no lado do direito, e a Administração Pública, ligada à política, no lado esquerdo.

## 2.2. O PODER JUDICIÁRIO E SUAS FUNÇÕES

A independência do Poder Judiciário, como já descrito, data de 1701 e ocorreu no Reino Unido. No lugar de juízes vinculados ao poder real<sup>38</sup>, cria-se um corpo autônomo de magistrados, dotados de garantias contra a intromissão do Rei.

[...] a última etapa da independência da Justiça Inglesa [...] adveio em 1701 com o *Act of Settlement*, que desligou os juízes do Poder real e deu-lhes estabilidade no cargo, conservando-lhes a competência para questões comuns e administrativas. Era a instituição do Poder Judicial independente do Legislativo (Parlamento) e do administrativo (Rei) [...]<sup>39</sup>.

Desde a fundação do Brasil como Estado independente o Poder Judiciário sempre se definiu como um *poder político*<sup>40</sup>; a Constituição Imperial previa sua *independência* no artigo 151<sup>41</sup>. A função primordial do Poder Judiciário é a *jurisdição ordinária*, isto é, aplicar a lei

<sup>36</sup> Estão elencados no preâmbulo da Constituição da República Federativa do Brasil “o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça”. Ver BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acessado em: 22 jun. 2019.

<sup>37</sup> Carl Schmitt explica que as exigências cada vez maiores de garantias aos seus membros demonstra um “esforço de, perante o funcionamento e a negociação político-partidários, criar uma instância neutra e independente e uma certa ‘permanência’, ou seja, estática”. Em **O Guardião da Constituição**. Trad. Geraldo de Carvalho. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. pp. 193-194. Nossa explicação está de acordo com esse entendimento, visto que, enquanto o Governo é transitório e instável, o Estado deve ser permanente.

<sup>38</sup> Antes da elevação do Judiciário a poder político, em 1701, havia dois poderes no Estado inglês: o Parlamento (Poder Legislativo) e o Rei; neste último se concentravam todas as demais funções. Ver MEIRELLES, Hely Lopes; BURLE FILHO, José Emmanuel. **Direito administrativo brasileiro**. 42<sup>a</sup>. ed. São Paulo: Malheiros, 2016. p. 59. No mesmo sentido, ensinam Cezar Saldanha Souza Junior e Carlos Eduardo Dieder Reverbel (**O Tribunal Constitucional como poder: uma nova visão dos poderes políticos**. 2<sup>a</sup>. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 91).

<sup>39</sup> Ver MEIRELLES; BURLE FILHO, *op. cit.*, p. 60.

<sup>40</sup> CASTRO NUNES, José de. **Teoria e prática do Poder Judiciário**. 1<sup>a</sup>. ed. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1943. p. 56.

<sup>41</sup> BRASIL. Constituição (1824). **Constituição Política do Império do Brasil (de 25 de março de 1824)**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao24.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao24.htm). Acessado em: 22 mai. 2019.

aos casos concretos, de modo que “*individualiza a generalidade da lei, personifica o que era impessoal e concretiza o que era abstrato.*”<sup>42</sup>.

Na concepção clássica de Montesquieu, o Poder Judiciário é o responsável pela aplicação das leis de forma contenciosa, bem como pela punição de crimes<sup>43</sup>. No mesmo sentido, Darcy Azambuja afirma que “o Poder Judiciário [...] é o que tem por função precípua interpretar e aplicar a lei nos dissídios surgidos entre os cidadãos ou entre os cidadãos e o Estado”<sup>44</sup>.

Para Santi Romano, *jurisdição* não significa a capacidade de resolver controvérsias jurídicas, mas de garantir que o direito objetivo seja respeitado — embora, na maior parte dos casos, seja a jurisdição exercida por *juízes*, cuja função característica é *resolver dissídios*. Para o jurista italiano, “o poder de dirimir uma controvérsia não é mais do que a consequência e o fator mais importante do poder de tutelar o respeito ao direito objetivo”<sup>45</sup>.

Como já referido, o Poder Judiciário se localiza na base da pirâmide juspolítica, uma vez que é responsável pela *concretização dos fins mais próximos do Estado*; o fim a que visa é a *execução* das leis. Como afirma Gomes Canotilho, pode ser definido como “magistratura ordinária, tradicionalmente considerada como ‘magistratura comum’, por ser dotada de competência geral para o julgamento dos feitos submetidos às decisões dos tribunais”<sup>46</sup>. Verificamos, portanto, que o Poder Judiciário deve aplicar as leis tal como editadas pelo Poder Legislativo — este incumbido de criá-las mediante deliberação, traçando com isso os *fins intermediários do Estado*. Logo, a relação entre esses dois poderes deve ser de *diálogo*.

Dessa forma, a atividade intelectual do juiz consiste em *seguir e aplicar ao caso concreto* as regras criadas pelo legislador ordinário, embora não se exclua a possibilidade da elasticidade e da interpretação conforme — sempre com a finalidade de colmatar lacunas e de concretizar o direito do jurisdicionado<sup>47</sup>. Além disso, o Poder Judiciário está vinculado ao *plano infraconstitucional* e não diretamente aos princípios e valores da Lei Fundamental, cuja

<sup>42</sup> REVERBEL, Carlos Eduardo Dieder. **Jurisdição constitucional na Ibero-américa**. Porto Alegre: Brejo-bibliobureau, 2012. p. 234.

<sup>43</sup> MONTESQUIEU, Charles Louis de Secondat, Baron de la. **O espírito das leis**. 2ª. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1996. p. 168.

<sup>44</sup> AZAMBUJA, Darcy. **Teoria Geral do Estado**. 44ª. ed. São Paulo: Globo, 2005. p. 200.

<sup>45</sup> ROMANO, Santi. **Princípios de Direito Constitucional Geral**. 1ª. ed. São Paulo: Revista. dos Tribunais, 1977. p. 380

<sup>46</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7ª. ed. Coimbra: Almedina, 2003. p. 661.

<sup>47</sup> REVERBEL, Carlos Eduardo Dieder. **Jurisdição constitucional na Ibero-américa**. Porto Alegre: Brejo-bibliobureau, 2012. p. 54.

análise, no sistema romano-germânico, é recomendável que seja de competência do Tribunal Constitucional, a ser analisado no item seguinte.

Todavia, cumpre ressaltar que essa arquitetura institucional se refere ao sistema jurídico desenvolvido na Europa continental, o qual possui o direito romano como base. Esse sistema, denominado *romano-germânico* ou *civil law*, foi implantado no Brasil como parte do Reino de Portugal. Destaque-se contudo que o direito da Inglaterra — assim como o dos Estados Unidos, de formação inglesa — opera mediante o sistema de *common law*, em que a lógica da atividade legislativa é distinta. Na família de origem inglesa, a maior parte das normas são produzidas, e não simplesmente interpretadas e aplicadas, pelas cortes (*judge-made law*)<sup>48</sup>:

Geralmente prevalece a impressão de que legisladores fazem leis, enquanto cortes as interpretam e determinam direitos individuais de acordo com regras estabelecidas, principalmente, por legislação. Um dos fatos fundamentais da organização política [do *common law*], a saber, que grande parte da lei é feita pelas cortes de justiça, raramente recebeu a devida consideração. A maior parte do direito inglês é feito pelos juízes e não pelos legisladores<sup>49</sup>

Sobre isso, o juiz da Suprema Corte norte-americana, Antonin Scalia, explica que

No grande esquema das coisas, se a parte correta venceu é realmente secundário. Casos antigos famosos são famosos, veja bem, não porque foram certos, mas porque a regra de direito que eles anunciaram foi a regra inteligente. As cortes de *common law* exerceram duas funções: uma delas foi aplicar o direito aos fatos. Todos os juízes — juízes franceses, árbitros, e até árbitros de *baseball* e de futebol — fazem isso. Mas a segunda função, e a mais importante, foi fazer o direito<sup>50</sup>.

<sup>48</sup> Explica René David: “O direito inglês, proveniente dos processos da *common law*, é essencialmente um direito jurisprudencial (*case law*); suas regras são, fundamentalmente, as regras que se encontram na *ratio decidendi* das decisões tomadas pelos tribunais superiores da Inglaterra. [...] A *legal rule* inglesa coloca-se ao nível do caso concreto em razão do qual, e para cuja resolução, ela foi emitida. Não se pode colocá-la a um nível superior sem deformar profundamente o direito inglês, fazendo dele um direito doutrina [...]”. Em **Os grandes sistemas do direito contemporâneo**. Trad. Hermínio A. Carvalho. 4ª. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002. pp. 408-409.

<sup>49</sup> “The impression commonly prevails that legislatures make laws, while courts interpret them and determine individual rights in accordance with settled rules laid down, in the main, by legislation. One of the fundamental facts of political organization, namely, that a great portion of the law is made by courts of justice, has rarely received due consideration. The greater portion of the English law is made by judges and not by legislatures”. HAINES, Charles Grove. **The american doctrine of judicial supremacy**. 2ª. ed. Nova Iorque: Russell & Russell, 1959. p. 25 (tradução nossa).

<sup>50</sup> “In the grand scheme of things, whether the right party won is really secondary. Famous old cases are famous, you see, not because they came out right, but because the rule of law they announced was the intelligent one. Common-law courts performed two functions: One was to apply the law to the facts. All adjudicators — French judges, arbitrators, even baseball umpires and football referees — do that. But the second function, and the more important one, was to make the law”. Ver SCALIA, Antonin. **A Matter of Interpretation: federal courts and the law: an essay by Antonin Scalia; with commentary by Amy Gutmann, editor, et al.** Princeton, New Jersey: Princeton University Press, 1997. p. 6 (tradução nossa).

Dessa forma, a importância dos precedentes, no *common law*, não reside no fato de ter sido feita justiça no caso concreto, isto é, de ter sido reconhecida a parte que estava com razão. Sua relevância advém, isto sim, da criação do direito, de ter ocorrido a enunciação de regra jurídica — a qual servirá de paradigma para resolução de casos futuros.

### 2.3. O TRIBUNAL CONSTITUCIONAL E SUAS FUNÇÕES

Entre os gregos clássicos, a ideia de Constituição — e de sua diferença em relação às leis — já se fazia presente. Para Aristóteles, a Constituição determina a organização fundamental do Estado (exercício e distribuição do poder, soberania, objetivo da associação política); enquanto isso, a lei é “a regra pela qual os magistrados devem exercer o poder”<sup>51</sup>.

Santi Romano argumenta que o Direito Constitucional é inerente ao Estado, sendo sua “ordenação suprema”, já que: (i) confere-lhe uma forma; (ii) une as partes tendo em vista o funcionamento do todo, isto é, organiza pessoas e instituições; (iii) pontua fins, princípios, valores, deveres, direitos; e (iv) determina o arranjo do governo e o exercício do poder<sup>52</sup>.

As defesa e implantação das constituições escritas tal como as conhecemos foi obra das teorias liberais. Hobbes entendia o Estado constitucional como “aquele Estado sujeito a leis constitucionais”<sup>53</sup>, no qual “o povo legitima a assembleia [constitucional] para que explicita a decisão política fundamental e proceda à criação de todas as leis constitucionais necessárias à sua efetivação”<sup>54</sup>. Todavia, foi apenas no século XX, diante dos crimes de guerra e das violações a direitos humanos perpetrados internamente aos Estados *apesar* de suas constituições, que se constatou a necessidade de proteger a Lei Fundamental em relação aos atos com ela incompatíveis.

Esse objetivo torna-se viável por meio da *hierarquia das normas* — ou, nas palavras de Kelsen, da *estrutura hierárquica do direito*<sup>55</sup>: a Constituição passa a ser dotada de *supremacia*, devendo conformação a ela todas as normas que lhe são subordinadas. Para o

<sup>51</sup> ARISTÓTELES. **A política**. Trad. Nestor Silveira Chaves. São Paulo: Escala, [20–]. p. 168.

<sup>52</sup> ROMANO, Santi. **Princípios de Direito Constitucional Geral**. 1ª. ed. São Paulo: Revista. dos Tribunais, 1977. pp. 4-5.

<sup>53</sup> BARZOTTO, Luis Fernando. **Teoria política**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018. p. 73.

<sup>54</sup> BARZOTTO, *loc. cit.*

<sup>55</sup> KELSEN, Hans. **Jurisdição constitucional**. Trad. do alemão Alexandre Krug; trad. do italiano Eduardo Brandão; trad. do francês Maria Ermantina Galvão. 1ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 127.

jurista austríaco, “garantias da Constituição significam portanto garantias da regularidade das regras imediatamente subordinadas à Constituição, isto é, essencialmente, garantias da constitucionalidade das leis”<sup>56</sup>. Frise-se que Aristóteles já sustentava que as leis deveriam se conformar à Constituição e não o contrário<sup>57</sup>.

Nessa ordem de ideias, a *rigidez* da Constituição, isto é, a impossibilidade de modificação constitucional com a mesma facilidade da aprovação das leis, é a técnica que permite a supremacia da Constituição no ordenamento jurídico<sup>58</sup>. Afinal, se a Constituição pode ser validamente contrariada por qualquer norma, torna-se frágil e suscetível de conformação com a vontade momentânea daqueles que ocupam o poder.

É com base nessas premissas, e com a finalidade de conferir obrigatoriedade ao direito constitucional, salvaguardando os valores e princípios relacionados à dignidade da pessoa humana, que o Tribunal Constitucional é criado e elevado à categoria de poder político. Sobre isso, leciona Cezar Saldanha Souza Junior:

O Tribunal Constitucional foi a instituição inventada no século XX para justamente atender os desafios da nova fase do constitucionalismo que esboçava seus passos em Weimar. Com a evolução do segundo pós-guerra, no sentido de uma Constituição de valores mínimos, esse Tribunal triunfa definitivamente. É a marca registrada do tipo de Estado Social que se estabeleceu na Europa Ocidental nos últimos cinquenta anos<sup>59</sup>.

Importante pontuar, aqui, que o ordenamento jurídico brasileiro cumula as funções de *jurisdição ordinária* e de *jurisdição constitucional* no mesmo poder, já que (i) a última instância do Poder Judiciário e o controle concentrado de constitucionalidade são de competência do Supremo Tribunal Federal; e (ii) todo e qualquer juiz possui o poder de controlar a validade de uma lei tendo a Constituição como parâmetro. Assim sendo, o controle de constitucionalidade está diluído na esfera de atuação do Poder Judiciário<sup>60</sup>.

---

<sup>56</sup> KELSEN, Hans. **Jurisdição constitucional**. Trad. do alemão Alexandre Krug; trad. do italiano Eduardo Brandão; trad. do francês Maria Ermantina Galvão. 1ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 126.

<sup>57</sup> “[...] é preciso examinar com a mesma circunspeção as leis perfeitas em si mesmas, e as que convêm a cada constituição; porque as leis devem ser feitas para as constituições como as fazem todos os legisladores, e não as constituições para as leis”. ARISTÓTELES. **A política**. Trad. Nestor Silveira Chaves. São Paulo: Escala, [20-]. p. 168.

<sup>58</sup> Kelsen cita, como exemplos de procedimento qualificado para mudança constitucional, a maioria reforçada, as votações múltiplas e a assembléia constituinte especial. Em KELSEN, *op. cit.*, p. 128.

<sup>59</sup> SOUZA JÚNIOR, Cezar Saldanha; REVERBEL, Carlos Eduardo Dieder. **O Tribunal Constitucional como poder: uma nova visão dos poderes políticos**. 2ª. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 121

<sup>60</sup> REVERBEL, Carlos Eduardo Dieder. **Reforma política e eleições: retrospecto, diagnóstico e alternativas para o Brasil**. 1ª. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018. pp. 100-101.

No entanto, podem-se pontuar razões pelas quais é recomendável a atribuição de cada uma das atividades a instituições distintas: *é mais racional*, por se tratar de um país inserido na lógica do *civil law*, que a ponderação quanto aos valores e princípios supremos da ordem jurídica seja realizada por uma corte única, independente dos demais poderes do Estado e especializada em matéria constitucional<sup>61</sup>.

A atribuição de competências concorrentes ao juiz é sustentada pela teoria de que a norma nunca possui um sentido em si mesma — sendo *aquilo que o juiz diz que ela é* — e partindo, portanto, do pressuposto de que a principal função do juiz não é aplicar a lei, mas interpretá-la. Assim, permite-se ao magistrado ordinário o controle da constitucionalidade das leis, bem como a decisão de casos concretos mediante ponderação de princípios, abrindo-se espaço aos entendimentos incompatíveis com a literalidade manifesta da lei<sup>62</sup>. O ponto crucial dessa organização institucional é que as funções do juiz, visto que extrapolam a aplicação da legislação e a interpretação em casos de leis ambíguas e de situações obscuras, acaba por *conferir ao juiz poder legislativo* — ou mesmo, em certos casos, *poder constituinte*. Na prática, a lei torna-se inexistente, sobrando apenas a preferência do juiz (o que produz *insegurança jurídica*<sup>63</sup>); tal fenômeno é conhecido por *ativismo judicial*.

Nesse aspecto, o traço distintivo do Tribunal Constitucional é que, em vez de julgar o caso concreto submetido à apreciação do Estado, ele exerce apenas o controle de *validade* das leis, em *abstrato*, verificando se estão em consonância com a Constituição e com os princípios e valores por ela acolhidos. Nesse sentido:

Remanesce claro na consciência dos povos a necessidade de se resguardar um campo mais *neutro e imparcial, superior e supremo* que albergue os *valores* consensuais mínimos para uma convivência pacífica, harmônica e coesa. Estes valores estampados em cartas constitucionais não podem ficar somente no plano das ideias, ou nas boas intenções de arquitetos e engenheiros constitucionais. Precisam, em verdade, de fundação, de pilares e vigas para manter a estrutura social de pé. Os

---

<sup>61</sup> *Ibidem*, p. 94.

<sup>62</sup> No entanto, “O Estado instaura a ordem por meio da lei. É por isso que o Estado de Direito contemporâneo é, essencialmente, um Estado Legislativo, no qual cabe ao Parlamento fazer a lei. [...] O funcionamento da máquina estatal depende de um funcionamento sem fricções, rápido e unívoco, e para isso a legalidade é necessária. [...] A burocracia depende, para seu funcionamento, da obediência incondicionada a comandos estatais apresentados na forma de lei”. BARZOTTO, Luis Fernando. **Teoria política**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018. pp. 73-75.

<sup>63</sup> “A Justiça e a felicidade de cada *eu pessoal* ficam prejudicadas, ou até inviabilizadas, num clima social de insegurança e desordem”. SOUZA JUNIOR, Cezar Saldanha. **A supremacia do Direito no Estado e seus modelos básicos**. Porto Alegre: [s.n.], 2002. p. 28.

fins irão se articulando, da base ao topo, em diálogos recíprocos, ascendentes e descendentes, dando a unidade tão desejada ao ordenamento jurídico<sup>64</sup>.

Desse modo, a segregação das duas jurisdições — ordinária e constitucional —, com a consequente atribuição de cada uma delas a um poder distinto, promove a segurança jurídica e possibilita a tomada de decisões cujas consequências são mais previsíveis. Assim, não sendo competência do juiz ordinário julgar a constitucionalidade das leis, mas apenas *aplicá-las*, e, estando este vinculado ao plano infraconstitucional (legal, portanto), a sugestão de Carlos Reverbel para o funcionamento do sistema garante, simultaneamente, a proteção da Constituição contra qualquer lei que a viole e a separação de atribuições entre o Poder Judiciário e o Tribunal Constitucional:

O juiz pode aplicar a lei aos fatos; mas se no processo de interpretação-aplicação sentir que há contrariedade entre a norma aplicada e os valores da constituição deve suspender o processo e remeter a questão ao Tribunal Constitucional. Sustentamos ser mais racional ao processo que o juiz suscite esta questão de inconstitucionalidade, uma vez que partes; são parciais, forçando, por vezes, interpretações desarrazoadas com intuito meramente protelatório. Se, de outro lado, o juiz tome para si a função de declarar a inconstitucionalidade da lei, a partir do caso concreto, estaria, por que não dizer, substituindo-se, sub-rogando-se, na função do Tribunal Constitucional<sup>65</sup>.

A existência de um Tribunal Constitucional como poder autônomo, dotado do monopólio do controle de constitucionalidade, é pressuposto para a racionalidade do sistema no contexto do *civil law* (vigente no Brasil). Quanto aos países ligados à tradição de *common law*, vale, neste ponto, a mesma ressalva do tópico anterior: esse sistema possui diferenças substanciais em relação à tradição romano-germânica — diferenças que permitem a *tolerância* da cumulação das jurisdições sem causar embaraços ao funcionamento do ordenamento jurídico<sup>66</sup>.

<sup>64</sup> REVERBEL, Carlos Eduardo Dieder. **Jurisdição constitucional na Ibero-américa**. Porto Alegre: Brejo-bibliobureau, 2012. p. 53.

<sup>65</sup> REVERBEL, Carlos Eduardo Dieder. **Jurisdição constitucional na Ibero-américa**. Porto Alegre: Brejo-bibliobureau, 2012. p. 70.

<sup>66</sup> O sistema de *stare decisis* (vinculação ao precedente, às decisões de casos anteriores semelhantes) minimiza a insegurança jurídica gerada pelo controle de constitucionalidade difuso (*Ibidem*, p. 235). Além disso, a contenção espontânea dos poderes nos Estados Unidos (*self restraint*) faz com que o Judiciário permaneça atuando no campo jurídico e que o Congresso permaneça no campo político; sem isso, “o sistema do *rule of law* americano literalmente implodiria, numa guerra dramática entre os poderes”; por fim, frise-se que o sistema norte-americano “depende pesada e necessariamente da cultura de *common law* e de sua profunda radicação na sociedade”, de maneira que o fundamento desse funcionamento não é apenas institucional mas também — e principalmente — cultural. Assim ensina SOUZA JUNIOR, Cezar Saldanha. A supremacia do Direito no Estado e seus modelos básicos. Porto Alegre: [s.n.], 2002. pp. 121-123.

## 2.4. O PODER ADMINISTRATIVO E SUAS FUNÇÕES

A centralização política trouxe a necessidade de corpos burocráticos para, em nome do Rei, exercer a administração do Estado Nacional Moderno, sob o comando do próprio monarca; ocorreram na França e na Prússia as primeiras experiências<sup>67</sup>. Contudo, foi na Alemanha, por meio da Constituição de Weimar (1919), que a Administração Pública se tornou *poder* do Estado<sup>68</sup>. Essa foi uma das medidas tomadas a fim de promover um *consensus* mínimo quanto à ordem político-constitucional numa sociedade formada por grupos profundamente discordantes entre si<sup>69</sup>.

Na perspectiva de Karl Loewenstein, uma das bases da sistematização da pirâmide juspolítica<sup>70</sup>, a Administração Pública, juntamente do Poder Judiciário, exerce função de *policy execution*. Compreendem-se, nesse âmbito, a aplicação, a fim de satisfazer as necessidades da população, tanto das *decisões políticas* quanto as disposições de *caráter técnico-utilitário*<sup>71</sup>.

Jorge Miranda sustenta que, por meio da função administrativa, “realiza-se a prossecução dos interesses públicos correspondentes às necessidades colectivas prescritas pela lei”<sup>72</sup>. Além disso, Souza Junior ensina que “A decisão política, iluminada pela ciência e pela técnica, e orientada pela razão prática, pode escolher conscientemente as alternativas

---

<sup>67</sup> SOUZA JÚNIOR, Cezar Saldanha; REVERBEL, Carlos Eduardo Dieder. **O Tribunal Constitucional como poder**: uma nova visão dos poderes políticos. 2ª. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 101.

<sup>68</sup> “Weimar saltou direto de um sistema peculiar (bismarckiano) de *monarquia (pseudo)constitucional* (“tripartição dos poderes”), para a pentapartição, sem ter passado por um verdadeiro *governo de gabinete* (a tetrapartição). Tornou-se, com isso, o marco da pentapartição dos poderes”. SOUZA JÚNIOR, Cezar Saldanha; REVERBEL, Carlos Eduardo Dieder. **O Tribunal Constitucional como poder**: uma nova visão dos poderes políticos. 2ª. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002. pp. 102-103.

<sup>69</sup> A Alemanha, na primeira metade do século XX, convivia com pensamentos político-ideológicos antagônicos, os quais lutavam pelo poder (como, por exemplo, socialistas, conservadores, liberais e reacionários). Nesse sentido, a fim de manter um núcleo estável e duradouro de consenso entre os membros da sociedade, foram instituídas a separação entre chefia de Estado e de Governo e a Administração Pública como um poder autônomo, a ser usado como instrumento técnico para assessorar o governo eleito. *Ibidem*, p. 97.

<sup>70</sup> REVERBEL, Carlos Eduardo Dieder. **Jurisdição constitucional na Ibero-américa**. Porto Alegre: Brejo-bibliobureau, 2012. p. 40.

<sup>71</sup> LOEWENSTEIN, Karl. **Teoría de la Constitución**. 2ª. ed. Barcelona: Ariel, 1976. p. 66.

<sup>72</sup> MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**: actividade constitucional do Estado. 3ª. ed. [S.l.]: Coimbra, 2004. t. V. p. 29.

mais adequadas ao desenvolvimento social”<sup>73</sup>. Hely Lopes Meirelles e José Emmanuel Burle Filho definem a Administração nos seguintes termos:

Em sentido formal, é o conjunto de órgãos instituídos para consecução dos objetivos do Governo; em sentido material, é o conjunto das funções necessárias aos serviços públicos em geral; em acepção operacional, é o desempenho perene e sistemático, legal e técnico, dos serviços próprios do Estado ou por ele assumidos em benefício da coletividade<sup>74</sup>.

O Estado Social, tal como inaugurado na Constituição de Weimar e tal como existe em países como Brasil e Alemanha nos dias de hoje, não pode prescindir de uma atividade administrativa apta a cumprir com as (diversas) tarefas estatais impostas pela Lei Fundamental. Se, por um lado, o Estado Liberal Clássico consolidara a limitação do poder estatal e os deveres negativos do Estado<sup>75</sup>, por outro, o Estado Social, para além de conservar essas conquistas, instituiu objetivos positivos, ligados à *promoção* do bem-estar social<sup>76</sup>; é nesse contexto que “a Administração Pública deve ser eficiente no campo das prestações devidas pelo serviço público”<sup>77</sup>.

Cezar Saldanha Souza Junior e Carlos Reverbel apontam que o sistema institucional em questão é adaptado à conjuntura em que surgiu — conjuntura essa, aliás, muito semelhante à do Brasil atual: “(a) de forte tradição burocrática; (b) de pressão das tarefas (administrativas) crescentes do Estado Social [...]; e (c) de uma aspiração por um Estado democrático e pluralista de Direito”<sup>78</sup>.

---

<sup>73</sup> SOUZA JUNIOR, Cezar Saldanha. **A supremacia do Direito no Estado e seus modelos básicos**. Porto Alegre: [s.n.], 2002. p. 67.

<sup>74</sup> MEIRELLES, Hely Lopes; BURLE FILHO, José Emmanuel. **Direito administrativo brasileiro**. 42<sup>a</sup>. ed. São Paulo: Malheiros, 2016. p. 68.

<sup>75</sup> Sobre a concepção liberal das funções do Estado, ensina Manoel Gonçalves Ferreira Filho: “A missão do Estado é simples. Não é realizar o bem-estar dos indivíduos, a sua felicidade, já que esta há de provir da natureza, por meio de suas leis sábias. É apenas e tão somente estabelecer a ordem jurídica e mantê-la contra os que a violarem. O Estado é o guardião da ordem (*État-gendarme*) fixada nas leis e imposta pela polícia”. Em **Sete Vezes Democracia**. São Paulo: Convívio, 1977. pp. 110 e 141, *Apud* SOUZA JUNIOR, Cezar Saldanha. **Consenso e tipos de Estado no Ocidente**. 1<sup>a</sup>. ed. Porto Alegre: Sagra Luzzatto, 2002. p. 36.

<sup>76</sup> O Estado social “pretende conformar a vida colectiva, e não apenas assegurar o jogo natural das liberdades”; a substituição do Estado liberal pelo *welfare state* “traz consigo as já assinaladas alterações no mecanismo da separação dos poderes e o desenvolvimento das funções não-jurídicas, especialmente da função técnica [...]”. Ver CAETANO, Marcello. **Manual de Ciência Política e Direito Constitucional**. 6<sup>a</sup>. ed. Coimbra: Almedina, 2010. t. I. pp. 324-326.

<sup>77</sup> LIMA, Ruy Cirne. **Princípios de Direito Administrativo**. 7<sup>a</sup>. ed. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 41.

<sup>78</sup> SOUZA JÚNIOR, Cezar Saldanha; REVERBEL, Carlos Eduardo Dieder. **O Tribunal Constitucional como poder: uma nova visão dos poderes políticos**. 2<sup>a</sup>. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002. pp. 103-104.

Do Poder Administrativo fazem parte as *peçoas administrativas*; Ruy Cirne de Lima explica que elas são os elementos da relação jurídica administrativa<sup>79</sup> — esta última considerada como aquela relação jurídica na qual a autonomia do sujeito ativo é reduzida, já que a ela é conferida uma *finalidade*<sup>80</sup>. A comparação com o direito privado torna a ideia mais clara: o *administrador* se distingue do *proprietário* pois, enquanto este vincula um bem à sua vontade, no caso daquele, o bem se vincula à finalidade pública e impessoal — para a qual sua vontade deve trabalhar<sup>81</sup>. Esse estado de coisas institui, ao menos em tese, a realização racional das atividades tendentes a um fim, que nada mais é do que a *utilidade pública*<sup>82</sup>, isto é, “a gestão de bens e interesses qualificados da comunidade no âmbito federal, estadual e municipal, segundo os preceitos do Direito e da Moral, visando ao bem comum”<sup>83</sup>. Hely Lopes Meirelles sustenta que:

[...] todo agente do poder assume para com a coletividade o compromisso de bem servi-la, porque outro não é o desejo do povo, como legítimo destinatário dos bens, serviços e interesses administrados pelo Estado” e que “ilícito e imoral será todo ato administrativo que não for praticado no interesse da coletividade”<sup>84</sup>.

Veja-se que a Administração Pública tem como objetivo implementar as políticas públicas decididas pelo Gabinete do momento<sup>85</sup>. Ela serve, portanto, à concretização, de maneira técnica e eficiente, do plano de governo escolhido nas urnas — sua competência é “proporcionar a realização *in concreto* dos desideratos legais”<sup>86</sup>. Antonio Joaquim Ribas discorre que

<sup>79</sup> LIMA, Ruy Cirne. **Princípios de Direito Administrativo**. 7ª. ed. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 124.

<sup>80</sup> *Ibidem*, p. 105.

<sup>81</sup> Como exemplos de *administração* no direito privado, podem-se citar a atividade dos pais quanto aos bens dos filhos e dos tutores quanto aos bens dos tutelados. Mais adiante, sustenta que “exprime, pois, em direito público, a palavra *administração* noção semelhante à que lhe é conteúdo em direito privado”. *Ibidem*, pp. 37-38.

<sup>82</sup> *Ibidem*, p. 38-39. Além disso, o professor Ruy Cirne Lima ensina que “[...] utilidade pública é o princípio que dominativamente informa, como finalidade, todo o direito administrativo”. *Ibidem*, p. 140.

<sup>83</sup> MEIRELLES, Hely Lopes; BURLE FILHO, José Emmanuel. **Direito administrativo brasileiro**. 42ª. ed. São Paulo: Malheiros, 2016. p. 85.

<sup>84</sup> *Ibidem*, p. 87.

<sup>85</sup> SOUZA JÚNIOR, Cezar Saldanha; REVERBEL, Carlos Eduardo Dieder. **O Tribunal Constitucional como poder: uma nova visão dos poderes políticos**. 2ª. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 100. Além disso, Weber já explicava que a ideia da Administração é, em princípio, ser um instrumento maleável para qualquer governo que venha a assumir o gabinete: “A necessidade objetiva do aparelho já existente, com o seu especial caráter ‘impessoal’, implica que — contrariamente ao que ocorre no caso de ordens feudais baseadas na lealdade pessoal — não seja difícil fazer funcionar esse mecanismo a serviço de qualquer capaz de chegar a controlá-lo”. WEBER, Max. **O que é burocracia?** [S.l.]: Conselho Federal de Administração, pp. 60-61. Ebook. Disponível em [http://cfa.org.br/wp-content/uploads/2018/02/40livro\\_burocracia\\_diagramacao.pdf](http://cfa.org.br/wp-content/uploads/2018/02/40livro_burocracia_diagramacao.pdf).

<sup>86</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 30ª. ed. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 148.

Ao governo, como poder governamental ou político, compete indicar a direção, inspirar o pensamento geral e imprimir o impulso a todo o funcionamento administrativo [...].

A missão da administração, pelo contrário, é por assim dizer toda material ou mecânica; cumpre-lhe organizar os meios práticos, e pô-los em ação, para a realização do pensamento governamental.

Ela deve, pois, ser um instrumento dócil e seguro nas mãos do governo, enquanto este obra dentro da sua esfera própria<sup>87</sup>.

### Para Konrad Hesse, a Administração Pública tem como objetivo

[a] realização ativa das tarefas estatais, [...] é mais um tal do exercício de tarefas, firmemente circunscritas, de índole técnica, da dominação de problemas organizacionais, da objetividade e imparcialidade com opiniões e tendências próprias como alheias<sup>88</sup>.

Nesse sentido, Governo e Administração dependem um do outro no exercício das políticas públicas<sup>89</sup>. Importante frisar que o regime jurídico administrativo incide não apenas sobre o Direito Administrativo *stricto sensu*, mas também opera em outros ramos do direito tradicionalmente tratados em apartado, como o tributário, o financeiro e o previdenciário<sup>90</sup>.

Este poder tem como característica a busca de um equilíbrio. Em outras palavras, não é subordinado ao Governo, bem como não atua de forma puramente técnica; não deve se submeter às forças políticas (de modo que não será jamais uma parcela do Estado a ser partilhada entre os vencedores das eleições) ao mesmo tempo em que realiza exame de conveniência e eficiência das decisões feitas pelo Governo<sup>91</sup> e pela maioria parlamentar.

<sup>87</sup> RIBAS, Antonio Joaquim. **Direito administrativo brasileiro: noções preliminares**. 1ª. ed. Rio de Janeiro: F. L. Pinto & C, 1866. pp. 59-60.

<sup>88</sup> HESSE, Konrad. **Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha**. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Fabris, 1998. p. 402.

<sup>89</sup> *Ibidem*, pp. 402-403. Nessa lógica, Marcello Caetano adverte que a classificação e discriminação das funções do Estado não deve ofuscar o fato de que a atividade estatal é "um todo unitário", marcado fundamentalmente pela *complementaridade* e pela *interdependência*. Sobre as relações entre as funções do Estado, ver CAETANO, Marcello. **Manual de Ciência Política e Direito Constitucional**. 6ª. ed. Coimbra: Almedina, 2010. t. I. pp. 174-177.

<sup>90</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 30ª. ed. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 38.

<sup>91</sup> Hely Lopes Meirelles sustenta que a Administração é um *instrumento* do qual o Estado pode se utilizar a fim de concretizar as opções políticas do Governo. Seu poder de decisão se restringe à área de suas atribuições; além disso, incide sobre questões de ordem jurídica, técnica, financeira ou de conveniência e oportunidade administrativas, vedada a deliberação política. Em MEIRELLES, Hely Lopes; BURLE FILHO, José Emmanuel. **Direito administrativo brasileiro**. 42ª. ed. São Paulo: Malheiros, 2016. p. 69.

É nesse sentido que Konrad Hesse explica a Administração como poder político apartado do Governo e, portanto, desvinculado do caráter necessariamente partidário e ideológico deste (característica que, por sua vez, é acentuada no Estado Social):

Se, por conseguinte, a administração não pode ser entendida como “braço alargado” do governo, então isso significa que ela, apesar de enlaces e dependências, está inserida na ordem jurídico-constitucional das funções estatais como *função autônoma*. Como tal, pode ela só limitadamente ser coordenada à ordem democrática da Lei Fundamental. [...] a peculiaridade de suas tarefas, sua vinculação ao direito e relativa autonomia diante das funções políticas põem ela, ao todo, mais no âmbito da ordem do estado de direito social e é esse âmbito da ordem constitucional que, para a organização da administração, pela Lei Fundamental, é, em primeiro lugar, determinante<sup>92</sup>.

A fim de manter sua legitimidade — isto é, a aceitação e a obediência —, a burocracia não pode consistir num instrumento maleável de acordo com os interesses eleitorais e partidários de quem ocupa o poder. Max Weber encontrou na legitimidade *racional, burocrática* ou *institucional*<sup>93</sup> a razão pela qual a Administração Pública consegue exercer *poder* — isto é, consegue determinar as ações dos demais. Trata-se da conjugação de dois fatores<sup>94</sup>: (a) da criação, pela via do consenso democrático, das regras do jogo, por meio das quais o poder é conquistado e mantido; e (b) da efetiva conquista e manutenção do poder com respeito a essas mesmas regras por aqueles que exercem a dominação. Logo, para que essa legitimidade se sustente, além da mera existência de regras para o jogo político, é preciso que os atores efetivamente as respeitem; dessa premissa é evidente a dedução de que não convém que os cargos da hierarquia administrativa sejam rateados entre os partidos políticos, os quais podem utilizá-los de acordo com o *bem próprio* no lugar do *bem comum*.

Ainda partindo da premissa de independência da Administração Pública em relação aos demais poderes, Hans Kelsen explica que não é conveniente o controle de constitucionalidade dos atos praticados pelo administrador via Tribunal Constitucional; seria

<sup>92</sup> HESSE, Konrad. **Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha**. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Fabris, 1998. p. 404.

<sup>93</sup> Para Weber, “[...] o Estado moderno é uma associação de dominação institucional, que dentro de determinado território pretendeu com êxito monopolizar a coação física legítima como meio da dominação e reuniu para este fim, nas mãos de seus dirigentes, os meios materiais de organização”. WEBER, Max. **Economia e sociedade: fundamentos da sociologia compreensiva**. Trad. Regis Barbosa e Karen Elsabe Barbosa. 4ª. ed. Brasília: Universidade de Brasília, 2015. v. II. p. 529.

<sup>94</sup> Santi Romano considera que o *desvio de poder* ocorre quando “uma função for exercida por interesse diverso daquele que lhe constitui a base”, havendo, nesse contexto, “um comportamento ilegítimo”. ROMANO, Santi. **Princípios de Direito Constitucional Geral**. 1ª. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977. p. 146.

mais racional a existência de uma *jurisdição própria* atrelada à Administração Pública. Verifica-se portanto que a Administração, a fim de manter sua independência própria de poder político, torna-se mais efetiva quando dotada de mecanismo jurisdicional para julgamento de litígios envolvendo sua área de atuação.

Mas os atos individuais produzidos pelas autoridades administrativas, mesmo se imediatamente subordinados à Constituição, tampouco devem ser submetidos ao controle do tribunal constitucional, mas sim, pelo menos em princípio, ao dos tribunais administrativos. Isso antes de mais nada no interesse de uma delimitação clara de sua respectiva competência, a fim de evitar conflitos de atribuição e duplas competências que podem facilmente se apresentar, devido ao caráter sobremaneira relativo da oposição entre constitucionalidade direta e constitucionalidade indireta.<sup>95</sup>

Quanto a isso, importante salientar que, no sistema brasileiro, é comum a realização de atividades distintas da função precípua de cada um dos poderes; mais: essa característica não é monopólio do nosso ordenamento jurídico<sup>96</sup>. Aliás, Hely Lopes Meirelles e José Emmanuel Burle Filho ressaltam<sup>97</sup> que a obra do próprio Montesquieu<sup>98</sup> não fala em *separação de poderes*, mas em *equilíbrio entre poderes*. Portanto, os poderes do Estado, a despeito de possuírem suas funções típicas, não são absolutamente incomunicáveis e desempenham, ainda que de forma secundária, atividades características de outros poderes. De fato, a possibilidade do exercício de *função jurisdicional* por outros Poderes que não o Judiciário é uma realidade no Brasil:

[...] nos vários Direitos Constitucionais positivos — e assim também no brasileiro — sua distribuição não se processa de maneira a preservar com rigidez absoluta a exclusividade de cada órgão no desempenho da função que lhe confere o nome. Esta solução normativa de estabelecer contemperamentos resultaria, ao menos no início, do explícito propósito de compor os chamados “freios e contrapesos”, mecanismo por força do qual atribuindo-se a uns, embora restritamente, funções que em tese corresponderiam a outros, pretende-se promover um equilíbrio melhor articulado

<sup>95</sup> KELSEN, Hans. **Jurisdição constitucional**. Trad. do alemão Alexandre Krug; trad. do italiano Eduardo Brandão; trad. do francês Maria Ermantina Galvão. 1ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 161.

<sup>96</sup> “[...] aun en los países en donde está reconocida la separación de los poderes, no es posible realizarla de una manera completa, aun siendo conscientes de que se desvían del principio. En los Estados Unidos, por ejemplo, el Congreso declara la guerra y el Senado está encargado de aprobar actos administrativos del presidente (ratificación de Tratados internacionales, nombramiento de funcionarios), juzga de los delitos contra el Estado u reúne en sí, por tanto, las tres funciones”. JELLINEK, Georg. **Teoria General del Estado**. Buenos Aires: Albatros, 1970. pp. 460-461.

<sup>97</sup> MEIRELLES, Hely Lopes; BURLE FILHO, José Emmanuel. **Direito administrativo brasileiro**. 42ª. es. São Paulo: Malheiros, 2016. p. 65.

<sup>98</sup> MONTESQUIEU, Charles Louis de Secondat, Baron de la. **O espírito das leis**. 2ª. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

entre os chamados “poderes”, isto é, entre os órgãos do Poder, pois, na verdade, Poder é uno<sup>99</sup>.

Interessante notar que, sob a vigência da Constituição Imperial, mesmo não se constituindo como um Estado de bem-estar social (*welfare state*)<sup>100</sup>, o Brasil conheceu uma jurisdição administrativa — embora pouco desenvolvida. Com inspiração no direito francês<sup>101</sup>, o Regimento provisório do Conselho de Estado dispunha:

Quando o Presidente de uma Provincia, ou o Procurador da Corôa na Côrte, e Provincia do Rio de Janeiro, tiver noticia de que uma Autoridade Judiciaria está effectivamente conhecendo de algum objecto administrativo, exigirá della os esclarecimentos precisos, bem como as razões, pelas quaes se julga com jurisdição sobre o objecto<sup>102</sup>.

Por fim, importante ressaltar que a principal distinção entre a jurisdição exercida pelo Poder Judiciário e a exercida pelo Poder Administrativo é que, enquanto aquele está no *lado jurídico* da pirâmide juspolítica (e, por isso, trabalha com o direito e sua aplicação no caso concreto), esta se encontra no *lado político*, lidando com decisões políticas tomadas pelo Governo. Marcello Caetano defende que a Administração é um *poder*, porque

Necessitando o Estado de, por iniciativa própria, actuar para a sua própria organização e conservação e para satisfação das necessidades colectivas, carece para esse efeito de que certos órgãos possuam o poder de executar as leis por via administrativa e de desenvolver a acção política e técnica indispensável, com a faculdade de resolver jurisdicionalmente as questões contenciosas que dessa actividade resultem.

O sistema dos órgãos administrativos recebe, pois, da lei a faculdade de definir a sua própria conduta para realização dos fins que lhe estão designados e de impor à generalidade dos cidadãos o respeito dessa conduta, podendo exigir deles a adopção do comportamento adequado à eficácia da acção administrativa.

A Administração é um verdadeiro *poder* porque define, de acordo com a lei, a sua própria conduta e dispõe dos meios necessários para impor o respeito dessa conduta e para traçar a conduta alheia naquilo que com ela tenha relação<sup>103</sup>.

<sup>99</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 30ª. ed. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 32.

<sup>100</sup> O fenômeno do *Estado Social Contemporâneo* é criação do século XX; logo, os fundadores e legisladores do Império desconheciam essa tipo de Estado. Cezar Saldanha Souza Júnior realiza brilhante análise dessa modalidade estatal, agrupando as causas de seu surgimento em quatro grupos: econômicas, sociais, políticas e ideológicas. Todas essas causas se deram na primeira metade do século passado, razão pela qual foi esse o momento em que o Estado Social apareceu na civilização ocidental. Em **Consenso e tipos de Estado no Ocidente**. 1ª. ed. Porto Alegre: Sagra Luzzatto, 2002. pp. 69-73.

<sup>101</sup> FRANÇA. Lei de 16-24 de agosto de 1790, Título II, artigo 13.

<sup>102</sup> FRANÇA. Artigo 24 do Decreto 124 de 05 de fevereiro de 1842.

<sup>103</sup> CAETANO, Marcello. **Manual de direito administrativo**. 1ª. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1970. t. I. pp. 15-16.

A distinção básica, portanto, reside na *separação* (que, por sinal, é nitidamente constatada na *pirâmide juspolítica*) entre as esferas jurídica e política. Todavia, uma análise mais detida permite constatar que a diferenciação entre juiz e administrador não está ontologicamente arraigada nas funções do Estado; trata-se de especializações desenvolvidas historicamente, visando à racionalização da coisa pública. A judicatura, pois, aplica as regras abstratas ao caso concreto enquanto a Administração é “o cuidado racional de interesses previstos pelas ordens da associação, dentro dos limites das normas jurídicas e segundo princípios indicáveis de forma geral”<sup>104</sup>. Georg Jellinek discorre que:

Não há, nem pode haver, um sinal geral que separe a justiça da administração. Por isso, ainda hoje, todos os teóricos se contentam com afirmar que esta oposição se formou historicamente, e que corresponde à justiça o que foi considerado como tal na evolução da história. A evolução moderna da jurisdição administrativa, assim como as profundas investigações doutrinárias acerca da natureza da jurisdição e da administração, mostram que a distinção entre a justiça e a administração é cada vez mais formalista, isto é, que se trata de categorias que devem se referir aos fenômenos exteriores das autoridades que as executam, as quais não podem esclarecer as diferenças das funções do Estado que alcançam nelas sua expressão

<sup>105</sup>.

No mesmo sentido, Seabra Fagundes sustenta que, se, por um lado, a função legislativa é facilmente reconhecível como aquela que *cria o direito*, em contraste com aquela atividade de *execução*, por outro, as funções do juiz e do administrador estão, ambas, inseridas nesta última esfera. São, pois, espécies de um mesmo gênero: expressam a vontade do Estado mediante determinação ou definição de situações jurídicas individuais<sup>106</sup>.

Nesse aspecto, deve-se considerar que as teorias gerais a respeito dos poderes e de suas divisões costumam ser elaboradas a partir de situações concretas de Estados específicos

---

<sup>104</sup> WEBER, Max. **Economia e sociedade**: fundamentos da sociologia compreensiva. Trad. Regis Barbosa e Karen Elsabe Barbosa. 4ª. ed. Brasília: Universidade de Brasília, 2015. v. I. p. 142.

<sup>105</sup> “No hay, ni puede darse, un signo general que separe la justicia de la administración. Por eso, aún hoy, todos los teorizadores se contentan con afirmar que esta oposición se ha formado históricamente, y que corresponde a la justicia lo que como tal se ha ido considerando en la evolución de la historia. La evolución moderna de la jurisdicción administrativa, así como las profundas investigaciones doctrinales acerca de la naturaleza de la jurisdicción y de la administración, muestran que la distinción entre la justicia y administración es cada vez más formalista, esto es, que se trata de categorías que hay que referir a los fenómenos exteriores de las autoridades que las ejecutan, las cuales no pueden aclarar las diferencias de las funciones del Estado que alcanzan en ellas su expresión”. JELLINEK, Georg. **Teoría General del Estado**. Buenos Aires: Albatros, 1970. pp. 454-455 (tradução nossa).

<sup>106</sup> FAGUNDES, Miguel Seabra. **O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário**. 8ª. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010. pp. 7 e 13-14.

(geralmente, os autores escrevem sobre o Estado em que viveram, numa época específica, e abstraem posteriormente)<sup>107</sup>. Logo, é com base nos arranjos institucionais presentes nas diferentes realidades que, mediante processo de dedução, elaboram-se as bases teóricas da separação entre poderes.

### 3 A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA NO ESTADO BRASILEIRO

#### 3.1 RELAÇÃO ENTRE ADMINISTRAÇÃO, GOVERNO, JUDICIÁRIO E PARLAMENTO

A relação entre o *Judiciário* e o *Parlamento* e entre a *Administração Pública* e o *Governo*, bem como suas consequências sobre a atividade administrativa em sentido estrito (que é, ressaltado-se, o foco desta investigação), somente pode ser compreendida mediante estudo da arquitetura institucional implementada no Brasil. Partiremos do mais *abstrato* para o mais *concreto*: dos fins e funções do Estado, passando por como as instituições se *propõem* a realizá-los e por como elas estão trabalhando *efetivamente*, para, enfim, analisar os reflexos desse estado de coisas na *coisa pública*. Embora longe de ser o eixo central deste trabalho, conhecer os fins e as funções do Estado é essencial para traçarmos uma comparação entre o *intencional* e o *real*. É com base nessas premissas que podemos entender (i) as funções, *em tese*, de cada um dos poderes políticos; (ii) como esses poderes trabalham, cooperam e se influenciam mutuamente *na prática*; (iii) o resultado que essa dinâmica oferece à sociedade; e (iv) quais são os problemas que precisam ser atacados, e por quais meios, visando à racionalidade institucional.

Conforme ensina Carlos Reverbel, os autores Georg Jellinek, Hans Kelsen, Marcello Caetano e Karl Loewenstein, lidos e analisados em conjunto, disponibilizam uma esquemática apta a explicar os fins e funções do Estado: eles “delimitaram dois *campos horizontais*: *jurídico* e *não-jurídico*; e três *campos verticais*: *controle*, *determinação* e *execução*. A cada *campo* e a cada *nível* foi entregue um *poder* e uma *função*”<sup>108</sup>. Todavia, a

<sup>107</sup> JELLINEK, Georg. **Teoria General del Estado**. Buenos Aires: Albatros, 1970. p. 451.

<sup>108</sup> REVERBEL, Carlos Eduardo Dieder. **Jurisdição constitucional na Ibero-américa**. Porto Alegre: Brejo-bibliobureau, 2012. p. 39.

essas ideias — que se encontravam esparsas e pendentes da articulação que mereciam — foi dada a necessária organização por Cezar Saldanha Souza Junior:

No Estudo da morfologia do Estado [Cezar Saldanha] elenca *três fins* (últimos, intermediários e próximos), *dois campos* (jurídico e político), *seis poderes* (Chefia do Estado, Tribunal Constitucional, Governo, Parlamento, Administração e Judiciário) e *seis funções* (função moderadora, controladora, governamental, legislativa, administrativa e jurisdicional) ao *Estado Democrático de Direito*<sup>109</sup>.

Desse modo, constatamos que os *fins últimos* consistem nos valores mais elevados do Estado Democrático de Direito — positivados pela Constituição e sobre os quais reina um *consensus* social mínimo<sup>110</sup>; são defendidos pelas altas magistraturas (política e jurídica: Chefia de Estado e Tribunal Constitucional, respectivamente)<sup>111</sup>. Os *fins intermediários* se referem à articulação e à representação das correntes de pensamento que existem na sociedade civil; tratam, ao invés do *consenso*, do *dissenso* — fomentado pelas distinções entre os *partidos políticos* e entre as *ideologias* (esquerda, direita e centro; conservadorismo, de um lado, e progressismo, de outro)<sup>112</sup>. É nesta esfera, em que aparecem o poder Legislativo e o Governo, que o eleitorado influi ao comparecer às urnas; são os poderes que trabalham com a política do dia a dia, que lidam diretamente com as oposições<sup>113</sup> e que criam direitos (e, portanto, deveres) às pessoas<sup>114</sup>. Por último, os *fins próximos* consistem na *aplicação* das

<sup>109</sup> REVERBEL, Carlos Eduardo Dieder. **Jurisdição constitucional na Ibero-américa**. Porto Alegre: Brejo-bibliobureau, 2012. p. 40.

<sup>110</sup> A respeito disso, novamente Carlos Reverbel: “No campo dos fins últimos não há espaço às ideologias. É condição de viabilidade da democracia que todos aceitem e respeitem uma neutralidade suprapartidária e supralegal, defensora dos valores perenes da sociedade política. Acima dos partidos, das ideologias, dos interesses passageiros e momentâneos aparecem os valores perenes e perpétuos do bem agir, da amizade, da concórdia”. *Ibidem*, p. 41.

<sup>111</sup> SOUZA JÚNIOR, Cezar Saldanha; REVERBEL, Carlos Eduardo Dieder. **O Tribunal Constitucional como poder: uma nova visão dos poderes políticos**. 2ª. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 165.

<sup>112</sup> REVERBEL, Carlos Eduardo Dieder. **Reforma política e eleições: retrospecto, diagnóstico e alternativas para o Brasil**. 1ª. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018. p. 73.

<sup>113</sup> Por precisar lidar com as oposições, com os problemas do dia a dia, com a escassez de recursos, com os ataques e críticas — justos ou injustos —, pode-se afirmar que “governar é se desgastar”. REVERBEL, Carlos Eduardo Dieder. (Informação oral). **Aulas de Política e Teoria do Estado do Curso de Ciências Jurídicas e Sociais da Universidade Federal do Rio Grande do Sul**, 1.º semestre de 2019.

<sup>114</sup> Partindo da premissa do direito natural, Simone Goyard-Fabre explica que “[...] esses direitos que a natureza deu a todos os indivíduos são, por si sós, desprovidos de efetividade jurídica porque nada lhes concede garantia por princípio. ‘Caso tivesse existido na terra’, diz Locke, ‘um tribunal ou uma jurisdição superior que determinasse o direito entre Jefté e os amonitas, eles nunca teriam chegado a um estado de guerra.’ Que mais isso quer dizer senão que os direitos naturais dos indivíduos são, por si sós, privados de eficiência? [...] Enquanto a legislação positiva do Estado não os tiver avalizado e garantido, os direitos do indivíduo permanecem direitos latentes: uma simples promessa de direito. Por isso, os ‘direitos do homem’, que pertencem por excelência à singularidade subjetiva de cada qual ao ponto de serem sua ‘propriedade’ — seu ‘próprio’ — inalienável, só são ‘direitos’ no sentido jurídico do termo, isto é, efetivos e eficientes, quando o direito do Estado

deliberações realizadas pelos órgãos que materializam os *fins intermediários*; ocorre aqui a concretização das decisões, isto é, sua transformação em *realidade* nos casos concretos pelo Poder Judiciário e pela Administração Pública.

As relações entre *Juiz e Legislador* — e entre *Administrador e Gabinete* — são espécies do mesmo gênero: ambas se referem ao diálogo entre *órgãos que realizam os fins intermediários do Estado* e *órgãos que realizam os fins próximos*. Primeiramente, tanto o *Parlamento* quanto o *Juiz* são *órgãos jurídicos*; em outras palavras, trabalham com o direito. Além disso, o primeiro possui legitimidade democrática para deliberar quanto às normas gerais, impessoais e abstratas<sup>115</sup> que regerão a vida em sociedade, enquanto o segundo, ao menos em tese, trabalha com a *subsunção* dos fatos às normas previamente elaboradas pelo legislador, criando um direito com especificidade, pessoalidade e concretude<sup>116</sup>. No sistema jurídico continental, “a lei foi erigida em princípio fundamental para se chegar às soluções justas, devendo os juristas, nas soluções dos casos concretos, estar adstritos às orientações e às regulamentações por ela proposta”<sup>117</sup> (grifo do autor).

Em segundo lugar, o *Governo* e a *Administração* são poderes ligados à *política*: encontram-se, portanto, no campo não-jurídico<sup>118</sup>. O primeiro exerce função de escolha, determinando a execução de uma entre as diversas soluções para os problemas<sup>119</sup>, assim como dirige os rumos da política do dia, de acordo com a ideologia professada, escolhida pelo povo nas urnas. O segundo toma decisões técnicas, a fim de executar os programas e políticas públicas previamente decididos pelo Governo, pautando-se pela eficiência.

Todavia, há casos em que esse balanceamento, isto é, essa repartição racional de funções, não chega a sair da teoria. O Brasil é um exemplo nítido desse fenômeno: temos uma

---

deles se apropria e os transporta para outra ordem”. Ver GOYARD-FABRE, Simone. **Os Fundamentos da Ordem Jurídica**. 1ª. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002. pp. 32-33. No mesmo sentido, Cezar Saldanha Souza Junior explica que o direito exerce o papel de ponte entre a ética e a política, já que “Seccionada da política, a ética reduzir-se-ia a simples poesia” (**A supremacia do Direito no Estado e seus modelos básicos**. Porto Alegre: [s.n.], 2002. p. 33); ainda, “pode-se dizer que a autoridade, ou mais exatamente, o poder estatal, não nega o conteúdo da verdade da lei, mas mostra sua insuficiência. A verdade por si não gera ordem [...]” (BARZOTTO, Luis Fernando. **Teoria política**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018. p. 73).

<sup>115</sup> REVERBEL, Carlos Eduardo Dieder. **Reforma política e eleições: retrospecto, diagnóstico e alternativas para o Brasil**. 1ª. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018. p. 102.

<sup>116</sup> *Ibidem*, pp. 103-104.

<sup>117</sup> *Idem*. Ativismo judicial e Estado de Direito. **Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM**, Santa Maria, v. 4, n. 1, 2009. DOI : 10.5902/19813694.

<sup>118</sup> REVERBEL, Carlos Eduardo Dieder. **Jurisdição constitucional na Ibero-américa**. Porto Alegre: Brejo-bibliobureau, 2012. p. 29.

<sup>119</sup> CAETANO, Marcello. **Direito Constitucional**. Rio de Janeiro: Forense, 1977, Vol. I, p. 213, *Apud* REVERBEL, Carlos Eduardo Dieder. **Jurisdição constitucional na Ibero-américa**. Porto Alegre: Brejo-bibliobureau, 2012. p. 29.

tendência de tomada de decisões, por juízes, que adentram nas competências de outros poderes políticos: o juiz *pondera* princípios, *controla* a constitucionalidade das leis<sup>120</sup>, *gerencia* recursos escassos, *sonda* e *aplica* a intenção não expressa do legislador. Parte da atuação do Poder Judiciário vem ocorrendo fora do campo do direito, embora mediante critérios jurídicos<sup>121</sup>. Além disso, nosso sistema permite a  *fusão* do Governo com a Administração Pública, permitindo que esta se transfigure em *moeda de troca* em benefício daquele, bem como comprometendo a imparcialidade administrativa e tornando ineficiente a resolução dos conflitos.

Primeiramente, analisemos a relação *juiz-legislador*. Carlos Reverbel pontuou a seguinte tendência: “O juiz deixa de executar a lei aos casos concretos e passa a defini-la, *ex post facto*. Na verdade, as partes conhecerão a lei, não pela sua *generalidade, impessoalidade* e *abstração*, mas sim pelo critério de interpretação do juiz”<sup>122</sup>. Embora tratasse especificamente das consequências do *controle de constitucionalidade* exercido pela jurisdição ordinária, os mesmos efeitos são sentidos sempre que o juiz transpassa o campo próprio de atuação<sup>123</sup> (inclusive, frise-se, quando se pronuncia sobre o mérito da decisão administrativa). Seu critério de interpretação, afirma o mesmo autor, “pode ser *coerente* com a *regra* deliberada pelo *legislador*, ou *incoerente* e segundo a *autoridade* do *juiz*, que prefere fazer valer *a sua vontade* [...]”<sup>124</sup>.

A criação da norma concreta desvinculada da lei tal como escrita pelo Parlamento viola as bases mesmas do Estado fundado no *direito* e não na *vontade dos homens*. Georg Jellinek explica que “o Estado normal foi definido, tanto antigamente quanto nos tempos modernos, como aquele em que domina a lei, isto é, como aquele em que a administração e a

---

<sup>120</sup> Nesse contexto, “O direito passa a ser aquilo que o juiz diz que é, e não o que foi deliberado e decidido pelo legislador. O juiz deixa de aplicar a lei, para defini-la, e inclusive *ex post facto*”. REVERBEL, Carlos Eduardo Dieder. **Jurisdição constitucional na Ibero-américa**. Porto Alegre: Brejo-bibliobureau, 2012. p. 240.

<sup>121</sup> *Idem*. Ativismo judicial e Estado de Direito. **Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM**, Santa Maria, v. 4, n. 1, 2009. DOI : 10.5902/19813694.

<sup>122</sup> *Idem*. **Reforma política e eleições**: retrospecto, diagnóstico e alternativas para o Brasil. 1ª. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018. p. 102.

<sup>123</sup> “[...] naqueles Estados em que há um poder Legislativo de um lado e um poder jurisdicional de outro, cada um deles tem, por assim dizer, o monopólio da função que lhe é própria, sendo portanto necessário que as respectivas esferas estejam bem delimitadas. Daí a fundamental importância do princípio da divisão dos poderes. [...] A simples interpretação, porém, não basta muitas vezes para efetivar a lei, e então o ato jurisdicional poderá representar o exercício de poderes diversos, conforme os casos, mas sempre segundo o direito objetivo, de modo que eles não o modifiquem nem o criem *ex novo*”. ROMANO, Santi. **Princípios de Direito Constitucional Geral**. 1ª. ed. São Paulo: Revista. dos Tribunais, 1977. p. 381.

<sup>124</sup> REVERBEL, Carlos Eduardo Dieder. **Reforma política e eleições**: retrospecto, diagnóstico e alternativas para o Brasil. 1ª. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018. p. 102.

atividade jurisdicional têm por fundamento regras de Direito”<sup>125</sup>. Além dele, Antonin Scalia formulou uma brilhante crítica à tentativa de tornar a Constituição e a legislação “documentos vivos”, afirmando de maneira categórica a *incompatibilidade* entre o *rule of law* e a aplicação, no litígio entre partes, de suposta *intenção do legislador* em vez do significado expresso da lei:

É simplesmente incompatível com o governo democrático, ou mesmo com o governo justo, ter o significado de uma lei determinado pelo que o legislador quis dizer, em vez de por aquilo que o legislador promulgou. Isso me parece um passo pior do que o truque com o qual o imperador Nero se envolveu: publicar decretos no alto dos pilares, de forma que não pudessem ser lidos facilmente. O governo por intenção não expressa é similarmente tirânico. É a lei que governa, não a intenção do legislador. Isto me parece a essência do famoso ideal americano estabelecido na constituição de Massachusetts: um governo de leis, não de homens. Os homens podem pretender o que quiserem; mas são apenas as leis que eles promulgam que nos vinculam.

Na realidade, no entanto, se alguém aceita o princípio de que o objetivo da interpretação judicial é determinar a intenção do legislador [...] A ameaça prática é que, sob o disfarce ou mesmo a ilusão de perseguir intenções legislativas não expressas, os juízes da common law buscarão de fato seus próprios objetivos e desejos [...].

.....  
As palavras realmente têm um alcance limitado de significado, e nenhuma interpretação que ultrapassa esse intervalo é permitida<sup>126</sup>.

Os exemplos do já conhecido *ativismo judicial* no Brasil são numerosos — e as consequências, nefastas. Podem-se citar, como exemplos, liminares que concedem liberação de recursos do FGTS e concessão de vagas em creches e escolas, em um sistema educacional

<sup>125</sup> “El Estado normal fué definido, tanto antiguamente cuanto en los tiempos modernos, como aquel en el que domina la ley, esto es, como aquel en el cual la administración y la actividad jurisdiccional tienen por fundamento reglas de Derecho”. JELLINEK, Georg. **Teoria General del Estado**. Buenos Aires: Albatros, 1970. p. 464 (tradução nossa).

<sup>126</sup> “[...] it is simply incompatible with democratic government, or indeed, even with fair government, to have the meaning of a law determined by what the lawgiver meant, rather than by what the lawgiver promulgated. That seems to me one step worse than the trick the emperor Nero was said to engage in: posting edicts high up on the pillars, so that they could not easily be read. Government by unexpressed intent is similarly tyrannical. It is the law that governs, not the intent of the lawgiver. That seems to me the essence of the famous American ideal set forth in the Massachusetts constitution: A government of laws, not of men. Men may intend what they will; but it is only the laws that they enact which bind us. In reality, however, if one accepts the principle that the object of judicial interpretation is to determine the intent of the legislature [...] the practical threat is that, under the guise or even the self-delusion of pursuing unexpressed legislative intents, common-law judges will in fact pursue their own objectives and desires [...]. Words do have a limited range of meaning, and no interpretation that goes beyond that range is permissible”. SCALIA, Antonin. **A Matter of Interpretation: federal courts and the law: an essay by Antonin Scalia; with commentary by Amy Gutmann, editor, et al.** Princeton, New Jersey: Princeton University Press, 1997. pp. 17-24 (tradução nossa).

muitas vezes abarrotado e cambaleante<sup>127</sup>. Dessa forma, diante da substituição do legislador pelo juiz, compromete-se o princípio básico que rege a Administração Pública: o *princípio da legalidade*. Se são os atos típicos do Parlamento — as leis — que devem reger a atividade administrativa, a progressiva confusão entre poderes competentes para vincular o administrador tornará o serviço público ainda mais ineficiente e a segurança jurídica um ideal ainda mais distante.

O ativismo judicial faz com que o juiz não concretize a lei tal como definida pelo legislador eleito, mas crie nova regra diante do caso concreto. São diversas as consequências dessa atitude, tais como: (i) criação de uma norma *ex post facto*; (ii) violação da competência do Poder Legislativo; (iii) imposição das crenças pessoais e preferências ideológicas dos magistrados, talvez minoritárias entre a população; e (iv) decisões diferentes para casos similares — em outras palavras, insegurança jurídica e tratamentos desiguais sem fundamento numa desigualdade efetiva<sup>128</sup>.

Os *parlamentos* congregam as *ideologias* representando-as nos partidos. [...] O espaço de debate político sobre a interpretação dos institutos fica restrito ao campo do legislativo. Não podemos realizar a *sobreposição* do Judiciário sobre o *Legislativo*. De outro lado, o *Legislativo* não pode remeter ao *Judiciário* questões que lhes parecem impopular decidir [...]. A representação democrática, os partido, o voto, o sistema eleitoral deve ser aprimorado para que as múltiplas visões acerca do bem comum sejam compreendidas e representadas no Congresso. Deve-se tomar cuidado com uma possível *judicialização* da Política e uma *politização* do Judiciário<sup>129</sup> (grifos do autor).

O papel do *direito* reside em constituir a ponte entre a *ética* e a *política*<sup>130</sup>; ele não deve, pois, pretender ser um substituto a ambas. Deixando a resposta nas entrelinhas, Souza

---

<sup>127</sup> A partir da decisão monocrática do Supremo Tribunal Federal no ARE 639337/SP, magistrados passaram a conceder, sistematicamente, liminares determinando a matrícula de crianças em escolas próximas de suas residências ou do local de trabalho dos responsáveis, mesmo diante da inexistência de vagas. Ver o artigo de FREITAS, Vladimir Passos de. Creches, ativismo judicial e reflexos nos municípios. **ConJur**, jun. 2013. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2013-jun-09/segunda-leitura-creches-ativismo-judicial-reflexos-municipios>. Acessado em 03 ago. 2019.

<sup>128</sup> REVERBEL, Carlos Eduardo Dieder. **Reforma política e eleições**: retrospecto, diagnóstico e alternativas para o Brasil. 1ª. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018. p. 104.

<sup>129</sup> REVERBEL, *loc. cit.*

<sup>130</sup> A ética não se impõe sem a coercitividade que a política pode oferecer, assim como a política se tornaria, sem a ética, “abominável opressão”. Ver SOUZA JUNIOR, Cezar Saldanha. **A supremacia do Direito no Estado e seus modelos básicos**. Porto Alegre: [s.n.], 2002. p. 33.

Junior questiona: “[...] se o judiciário politizar-se, quem, então, exercerá a função imparcial de dizer o direito?”<sup>131</sup>.

Além disso, importante ressaltar que existem diversas causas desse estado de coisas. O ativismo judicial em relação à competência do Poder Legislativo tem como fatores desencadeadores, no que se refere às *instituições*, a acumulação da jurisdição ordinária e do controle de constitucionalidade (mistura de elementos do controle *concentrado* com elementos do controle *difuso*, gerando um controle “*confuso*”<sup>132</sup>), a ineficiência política e a descredibilidade do legislador — estes dois últimos tendo em vista o sistema eleitoral inadequado; Reverbel afirma que

[...] certamente este ativismo judicial, ao menos no Brasil, possui raízes mais profundas, como o desprestígio da lei, a ineficiência do executivo, a desestruturação do sistema, a irracionalidade das instituições, a ausência de uma boa política, a falta de consenso sobre pontos fundamentais<sup>133</sup>.

Para garantir maior eficiência e representatividade ao Poder Legislativo — tanto para *criar* novas leis que se façam necessárias como para, principalmente, *simplificar, revogar e modificar* leis existentes —, faz-se necessária uma arquitetura institucional que promova uma maioria parlamentar advinda das urnas, de forma natural. Isso pode ser atingido mediante a reforma do sistema eleitoral, adotando-se o sistema de *representação majoritária em turno único*, que tende a reduzir o número de partidos políticos<sup>134</sup>, promovendo a alternância entre eles do domínio do Parlamento.

Sobre isso, importante pontuar que o atual sistema — de *representação proporcional* — tende a causar multiplicação *ad infinitum* de partidos políticos: atualmente, são 26 partidos com representação na Câmara dos Deputados<sup>135</sup> e 21 partidos no Senado Federal<sup>136</sup>. Diante

<sup>131</sup> SOUZA JUNIOR, Cezar Saldanha. **A supremacia do Direito no Estado e seus modelos básicos**. Porto Alegre: [s.n.], 2002. p. 41.

<sup>132</sup> REVERBEL, Carlos Eduardo Dieder. **Reforma política e eleições: retrospecto, diagnóstico e alternativas para o Brasil**. 1ª. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018. p. 97.

<sup>133</sup> *Idem*. Ativismo judicial e Estado de Direito. **Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM**, Santa Maria, v. 4, n. 1, 2009. DOI : 10.5902/19813694.

<sup>134</sup> REVERBEL, Carlos Eduardo Dieder. **Reforma política e eleições: retrospecto, diagnóstico e alternativas para o Brasil**. 1ª. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018. p. 123.

<sup>135</sup> CÂMARA DOS DEPUTADOS – Bancada dos Partidos. Disponível em: [https://www.camara.leg.br/Internet/Deputado/bancada.asp]. Acessado em: 06.08.2019.

<sup>136</sup> REDAÇÃO. Composição do Senado salta de 15 para 21 partidos em 2019. **Senado Notícias**, Brasília, 03. jan. 2019. Disponível em: https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2019/01/03/composicao-do-senado-salta-de-15-para-21-partidos-em-2019. Acesso em: 06. ago. 2019.

desse cenário, será altamente improvável que um Governo obtenha maioria orgânica no Congresso Nacional<sup>137</sup>, tornando a aprovação de um projeto de lei (e, mais ainda, de uma reforma constitucional) enormemente complicada. Essa é uma das razões pelas quais cargos na Administração são repartidos entre partidos: a formação da *maioria*, em razão da quantidade de partidos políticos<sup>138</sup>, tende a transformar as instituições em *praças de negócios*, como veremos, de forma mais detida, adiante. A atividade legislativa, diante disso, torna-se *disfuncional*: aparece a incapacidade de solucionar lacunas, bem como a proliferação de leis desnecessárias ou absurdas<sup>139</sup>, geralmente destinadas a atender interesses de grupos. Não se conseguem, por exemplo, aprovar com facilidade certas reformas abrangentes, ainda que sejam elas defendidas pela maioria da população.

Além da sobreposição ao legislador, fomentando a insegurança jurídica e dificultando, na prática, a aplicação do princípio da legalidade, verificamos que a *judicialização* da atividade administrativa propriamente dita — isto é, dos litígios concretos entre administrador e administrado — causa problemas na condução dos fins intermediários do Estado. Se é verdade que *o juiz conhece o direito (iura novit curia)*, também é verdade que *o administrador conhece a situação real*, o feixe da realidade com que trabalha. Quando o Judiciário adentra o mérito da decisão administrativa, ignorando sua necessária *discricionariedade*, tende a tomar decisões atécnicas e desviadas da situação concreta; o administrador, no entanto, “convive diariamente com o problema público e enfrenta a

---

<sup>137</sup> As dificuldades que o atual governo, chefiado pelo Presidente Jair Bolsonaro, tem encontrado para angariar apoio à reforma da Previdência comprova que (a) conseguir apoio suficiente para aprovar uma medida é um desafio no cenário brasileiro; e que (b) sem maioria parlamentar é impossível governar.

<sup>138</sup> Atualmente existem 75 partidos políticos pendentes de aprovação pelo Tribunal Superior Eleitoral; citem-se alguns exemplos: (i) MCC – Movimento Cidadão Comum; (ii) PNC – Partido Nacional Corinthiano; (iii) PE – Partido do Esporte; (iv) PCS – Partido Carismático Social; (v) FRENTE – Partido da Frente Favela Brasil; (vi) PINA – Partido da Inelegibilidade Automática; (vii) PRUAB – Partido da Reforma Urbana e Agrária do Brasil; (viii) PSPP – Partido Democrático dos Servidores Públicos; (ix) MANANCIAL – Partido Manancial Nacional; e (x) ANIMAIS – Partido Político dos Animais. Frise-se que foram citados apenas alguns partidos em formação; conforme se constata, parcela significativa destes representa interesses seccionais, apenas. Essa circunstância dificulta a formação de maiorias parlamentares. Fonte: Tribunal Superior Eleitoral – Partidos em formação. Disponível em: [<http://www.tse.jus.br/partidos/partidos-politicos/criacao-de-partido/partidos-em-formacao>]. Acessado em: 06.08.2019, *Apud* REVERBEL, Carlos Eduardo Dieder. **Reforma política e eleições: retrospecto, diagnóstico e alternativas para o Brasil**. 1ª. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018. p. 48.

<sup>139</sup> Citando *ipsis litteris* Frei Amador Arrais, João Camilo de Oliveira Torres afirma que “Há reis que ordenam multidão de leis, das quais se não colhe outro fruto, senão viverem os bons em cerco, que não hão mister leis, e os maus terem mais leis que desprezar. Isto é atar as mãos aos bons, e soltá-las aos maus”. Em OLIVEIRA TORRES, João Camilo. **A Formação do Federalismo no Brasil**. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1961, p. 5, *Apud* REVERBEL, Carlos Eduardo Dieder. **Jurisdição constitucional na Ibero-américa**. Porto Alegre: Brejo-bibliobureau, 2012. p. 43.

escassez dos recursos e as necessidades do administrado”<sup>140</sup>. Substituída a decisão técnica pela preferência do magistrado, *judicializa-se* o que tem natureza *política* — e, portanto, *politiza-se* o que deveria ser *jurídico*.

Por outro lado e abstraindo questões ligadas à mentalidade da formação jurídica — tendo vista que este trabalho tem como foco as instituições —, uma das principais causas do ativismo judicial contra a Administração Pública é a irracionalidade do sistema: ela é vulnerável aos interesses partidários, eleitorais e de compadrio. Em outras palavras, é *vulnerável aos interesses do Governo*, perdendo o caráter técnico e se eximindo, conseqüentemente, da atividade imparcial (que será delegada inteiramente aos juizes). Essa situação causa e legitima a tomada de decisões de natureza *política* por aqueles que deveriam limitar sua esfera de atuação na aplicação do *direito*. Esses pontos serão aprofundados no tópico seguinte.

### 3.2 O FUNCIONAMENTO DA ADMINISTRAÇÃO: ANÁLISE E DIAGNÓSTICO

A inédita *interdependência* entre homens e grupos é o ponto de partida para entendermos a situação da Administração Pública em todo o Ocidente e, por tabela, no Brasil. Se, na sociedade predominantemente rural, o ser humano detinha grande poder sobre as condições de sua existência (por exemplo, produzia seu próprio alimento, num contexto de agricultura familiar), na sociedade urbana sua dependência em relação ao *fornecimento* de produtos e serviços cresce exponencialmente. Sobre isso, ensina o professor Cezar Saldanha que

Os seres humanos dependem cada vez mais de sistemas sociais organizados, que lhes tornem acessível o necessário a uma vida digna, como a alimentação, a roupa, o trabalho, a educação, a segurança, a saúde etc... Essa “socialização” dos meios da existência, como lembrava [o papa] João XXIII, é simultaneamente efeito e causa da crescente intervenção dos poderes públicos em todos esses domínios<sup>141</sup>.

<sup>140</sup> REVERBEL, Carlos Eduardo Dieder. **Reforma política e eleições**: retrospecto, diagnóstico e alternativas para o Brasil. 1ª. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018. p. 106.

<sup>141</sup> SOUZA JÚNIOR, Cezar Saldanha. **Consenso e tipos de Estado no Ocidente**. 1ª. ed. Porto Alegre: Sagra Luzzatto, 2002. p. 85. Ver, ainda, JOÃO XXIII. **Carta encíclica “Mater et Magistra”**: sobre a recente evolução social à luz da doutrina cristã. Disponível em: [http://w2.vatican.va/content/john-xxiii/pt/encyclicals/documents/hf\\_j-xxiii\\_enc\\_15051961\\_mater.html](http://w2.vatican.va/content/john-xxiii/pt/encyclicals/documents/hf_j-xxiii_enc_15051961_mater.html). Acessado em: 11 jul. 2019. No mesmo sentido: “Devido à divisão do trabalho o número destas necessidades colectivas cresce constantemente. Cada pessoa tem hoje a sua vida assente no labor de uma multidão dos seus semelhantes cujos resultados lhe são facultados para que os utilize na satisfação de necessidades individuais, por

Todo esse estado de coisas se interconecta com a própria razão de ser do Estado Social, em vigor no Brasil por determinação da Constituição de 1988. O Estado não mais existe apenas para *proteger* a ordem social determinada pela iniciativa privada; agora, ele assume também função positiva: *promover* uma ordem a ser alcançada — mediante políticas públicas<sup>142</sup> e tendo como baliza o rol de direitos fundamentais proposto pela Lei Fundamental.

No Estado Social, diante da carga de trabalho imposta à Administração Pública, o aumento significativo da máquina administrativa é consequência natural: “todo nivelamento social, por sua vez, fomenta a burocracia que, por toda parte, é a sombra inescapável da progressiva ‘democracia *de massas*’”<sup>143</sup>. Portanto, a Administração que conhecemos no Brasil (e nos demais países que adotam esse tipo de Estado, como a Alemanha, a França e a Espanha) é mais *ampla, complexa*, comparativamente ao período de surgimento do Direito Administrativo<sup>144</sup>.

Apesar disso, o ordenamento jurídico brasileiro desconhece Poder Administrativo independente. Nossa Administração Pública não possui as características apontadas por Weber para que exista uma Administração como poder do Estado; em outras palavras, ela não é racionalmente *burocrática*: não é necessariamente *apartidária* e, portanto, não será sempre *técnica, de carreira e hierárquica*.

---

obra da actividade de empresas fornecedoras ou abastecedoras”. CAETANO, Marcello. **Manual de direito administrativo**. 1ª. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1970. t. I. p. 4.

<sup>142</sup> João Pedro Galvão de Sousa resumiu as funções do Estado social em dois parágrafos: “o poder político, no cumprimento de sua missão de promover o bem comum, deve, antes de mais nada e principalmente, assegurar a paz social pelo policiamento e pelo Direito. Donde as tarefas de polícia, forças armadas (defesa do direito à vida independente da coletividade nacional), elaboração das leis, proteção dos direitos pelos juízes e tribunais, aplicação de penas para repressão de delitos, medidas devidamente adequadas a garantir a segurança nacional, etc. Cabe também ao Poder Público supletivamente proporcionar à sociedade certos bens de que carecem os seus membros. E daí a ação do Estado no domínio educativo, na ordem econômica, em matéria de transportes, etc.”. **Iniciação à Teoria do Estado**. 2ª. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1976. pp. 18-19.

<sup>143</sup> WEBER, Max. **Economia e sociedade: fundamentos da sociologia compreensiva**. Trad. Regis Barbosa e Karen Elsabe Barbosa. 4ª. ed. Brasília: Universidade de Brasília, 2015. v. I. p. 147.

<sup>144</sup> “Os pais fundadores do Direito Administrativo seguramente não imaginaram que o Estado chegaria ao grau de intervenção social e econômica que hoje se presencia. Seja por força de necessidade de uma intensa ação afirmativa para a efetivação dos direitos fundamentais, seja como fruto de uma sociedade (ou da existência de movimentos sociais) cada vez mais reivindicadora ou de atuações estatais, seja, por fim, pela necessidade de constantemente intervir no domínio econômico para corrigir as falhas de mercado, para executar medidas contra graves e recorrentes crises econômicas ou para ajudar as pessoas sem recursos ou condições econômicas de sobrevivência digna”. PEREZ, Marcos Augusto. **Controle da Discricionariedade Administrativa**. In: **Controle da Administração Pública** (Org. PEREZ, Marcos Augusto e SOUZA, Rodrigo Pagani de). Belo Horizonte: Fórum, 2017. pp. 67-68.

Primeiramente, nem todos os cargos e funções são preenchidos mediante exigência de “um curso de preparação estritamente fixado, o qual reclama a plena capacidade de trabalho durante um longo período”<sup>145</sup> e de “provas específicas que são um requisito prévio para o emprego”. Em outros termos, seus quadros não são obrigatoriamente ocupados de acordo com a meritocracia, de maneira impessoal e técnica: a despeito da extinção de cerca de 21 mil funções gratificadas em 2019<sup>146</sup>, o Poder Executivo federal ainda acumula 106.383 (cento e seis mil trezentos e oitenta e três) vínculos de cargos comissionados<sup>147</sup>. Todos esses postos são, portanto, *vulneráveis* às indicações de natureza partidária ou ideológica.

Em muitos casos, a Administração Pública tem sido, de fato, gerida de acordo com interesses do Governo — isto é, dos vencedores das eleições<sup>148</sup>; eis o resumo da *relação entre Administração e Governo* no Brasil. Nesse contexto, ela exerce um papel duplo: atua como *moeda de troca* — por um lado, para barganhar apoio político; por outro, para quitar compromissos de campanha:

No *Brasil* assistimos exatamente ao contrário [da Administração Pública como órgão técnico, impessoal e apartidário]. A *Administração* é gerida pelos *partidos*, os quais indicam servidores públicos, ocupantes de cargos e funções de confiança. A indicação leva em conta *critérios políticos; excepcionalmente técnicos*. Aloca-se pelo favorecimento, pela contraprestação, pelo compadrio. Quem trabalhou na eleição do parlamentar tem um cargo, uma vaga, um “cantinho” na *Administração Pública*; eis a razão para a multiplicação de estatais. [...] Uma máquina eleitoral a serviço do Governo<sup>149</sup>.

Como já sustentado, formar naturalmente uma *base aliada* (em qualquer ente federativo) é praticamente impossível. O sistema eleitoral de *representação proporcional* tende a multiplicar o número dos partidos políticos e, conseqüentemente, nenhum deles

<sup>145</sup> WEBER, Max. **O que é burocracia?** [S.l.]: Conselho Federal de Administração, p. 13. Ebook. Disponível em [http://cfa.org.br/wp-content/uploads/2018/02/40livro\\_burocracia\\_diagramacao.pdf](http://cfa.org.br/wp-content/uploads/2018/02/40livro_burocracia_diagramacao.pdf).

<sup>146</sup> SARDINHA, Edson. Bolsonaro extingue 21 mil cargos, funções e gratificações e estima economia de R\$ 195 milhões. **Congresso em Foco**, [S.l.], mar. 2019. Disponível em: <https://congressoemfoco.uol.com.br/economia/bolsonaro-extingue-21-mil-cargos-funcoes-e-gratificacoes-e-estima-economia-de-r-195-milhoes/>. Acesso em: 17 out. 2019.

<sup>147</sup> Fonte: Portal da Transparência. Disponível em: [<http://www.portaltransparencia.gov.br/servidores>]. Acessado em: 07.08.2019

<sup>148</sup> Não ignoramos as recentes tentativas de formação de gabinetes sem indicação partidária; todavia, é visível que essa escolha, uma vez realizada pelo político eleito, torna difícil *vencer o sistema*. A incerteza quanto ao comprometimento com a aprovação da reforma previdenciária no Congresso Nacional é apenas um dos vários exemplos que poderiam ser citados.

<sup>149</sup> REVERBEL, Carlos Eduardo Dieder. **Reforma política e eleições**: retrospecto, diagnóstico e alternativas para o Brasil. 1ª. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018. p. 68.

adquire maioria parlamentar suficiente para sustentar um governo<sup>150</sup>; ou se forma, *artificialmente*, uma maioria, ou não se governa. É nesse contexto que vagas — aquelas que são de livre nomeação pelo Governo — entram como meio de persuasão: cargos na Administração Direta e em estatais são *loteados* em troca de apoio político. Pior: são distribuídos entre *partidos* (a fim de que cada um indique, para cada função, o ocupante que for conveniente) e não entre *pessoas*, diretamente, em razão de sua competência e formação profissional<sup>151</sup>. Apesar das recentes exceções, não é segredo que, em muitos casos, “O Governo fala abertamente: tal Ministério vai para o partido “x”, em troca de apoio político; a estatal “y” precisa ser entregue ao partido que passa a compor a base aliada do Governo”<sup>152</sup>.

Se os cargos administrativos desempenham função de garantir a *governabilidade* mediante composição de uma maioria *artificial*, eles também são utilizados para quitar dívidas e compromissos eleitorais: “*alocar* os apadrinhados políticos; *achar* o espaço devido na Administração aos que financiaram o Deputado; *retribuir* as empresas patrocinadoras o dinheiro investido [...]”<sup>153</sup>. O tamanho das circunscrições eleitorais brasileiras (estados inteiros) torna a campanha impagável para o cidadão comum, de modo que o financiamento, o apadrinhamento e o subsídio da e para a militância exerce papel determinante no resultado das urnas.

Todos esses motivos — os impasses quase paralisantes de se tentar governar sem conchavos — estão também entre as causas da *corrupção* propriamente dita<sup>154</sup>, da compra de votos parlamentares à negociação de propinas como retribuição por contratos com o Poder Público. Sobre isso, Carlos Reverbel pontuou que “os políticos brasileiros não são tão corruptos quanto o nosso sistema é corruptor”<sup>155</sup>.

---

<sup>150</sup> REVERBEL, Carlos Eduardo Dieder. **Reforma política e eleições**: retrospecto, diagnóstico e alternativas para o Brasil. 1ª. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018. p. 123.

<sup>151</sup> Weber explica que “[...] a superioridade técnica na administração dos assuntos públicos fundamenta-se, de maneira cada vez mais sensível, em treinamento e experiência”. (WEBER, Max. **Economia e sociedade**: fundamentos da sociologia compreensiva. Trad. Regis Barbosa e Karen Elsabe Barbosa. 4ª. ed. Brasília: Universidade de Brasília, 2015. v. II. p. 196).

<sup>152</sup> REVERBEL, *op. cit.*, p. 69.

<sup>153</sup> REVERBEL, *loc. cit.*

<sup>154</sup> Portanto, a finalidade da política desloca-se do *bem comum* para o bem (ou para a própria *sobrevivência*) de *pessoas e grupos*. Esse estado de coisas não realiza o fim do Estado: “O fim do Estado é o bem público, e legítima toda a autoridade que o promove eficientemente. Um poder legítimo na origem pode ilegitimar-se se o seu detentor não mais procura o bem comum, mas sim o próprio”. GALVÃO DE SOUSA, João Pedro. **Política e Teoria do Estado**. São Paulo: Saraiva, 1957. p. 111.

<sup>155</sup> REVERBEL, Carlos Eduardo Dieder. (Informação oral). **Aulas de Política e Teoria do Estado do Curso de Ciências Jurídicas e Sociais da Universidade Federal do Rio Grande do Sul**, 1.º semestre de 2016.

Como consequência da vulnerabilidade da Administração aos interesses momentâneos e seccionais, podemos concluir que ela não é uma estrutura *burocrática* tal como na definição weberiana, já que o funcionário público tipicamente burocrático, para Weber, guarda independência em relação ao Governo<sup>156</sup>. Na verdade, a Administração Pública funciona, no Brasil, como extensão do Gabinete<sup>157</sup>.

Esse estado de coisas faz com que a atividade administrativa perca parte do seu caráter *técnico*, deixando a desejar quanto à *eficiência*<sup>158</sup>. Dado à discricionariedade política o poder de nomear e exonerar o funcionalismo público, torna este um corpo dependente e subordinado<sup>159</sup>. Dessa forma, “quando a administração contrariar (vetar), por questões de ordem formal ou técnica, a vontade do Governo, a solução é muito simples: basta trocar o administrador, escolhendo um mais ‘alinhado’ [...]”<sup>160</sup>. Max Weber previra as consequências dessa livre nomeação:

[...] nas seleções de funcionários por escolha, é natural que os partidos não insistam nas condições de perícia, mas nos serviços prestados pelos militantes ao cacique do partido. Isto aplica-se [...] à designação de funcionários escolhidos pelos padrões do partido ao confeccionar a lista dos candidatos, ou à livre nomeação por um chefe, que ele mesmo escolheu<sup>161</sup>.

<sup>156</sup> Weber explica que, no contexto da burocracia, o funcionário público “não é visto como o servidor pessoal de um governante” e que “Um funcionário escolhido pelos governadores não é uma figura puramente burocrática”; essa independência não é uma constante no Brasil. Ver WEBER, Max. **O que é burocracia?** [S.l.]: Conselho Federal de Administração, pp. 14-15. Ebook. Disponível em [http://cfa.org.br/wp-content/uploads/2018/02/40livro\\_burocracia\\_diagramacao.pdf](http://cfa.org.br/wp-content/uploads/2018/02/40livro_burocracia_diagramacao.pdf).

<sup>157</sup> REVERBEL, Carlos Eduardo Dieder. **Reforma política e eleições: retrospecto, diagnóstico e alternativas para o Brasil**. 1ª. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018. p. 69.

<sup>158</sup> Manoel Gonçalves Ferreira Filho alerta para as consequências da livre nomeação e exoneração da Administração. Segundo o autor, esse sistema gera “a instabilidade administrativa, as interrupções no serviço, a descontinuidade nas tarefas, e não podia ser mantido no *Welfare State*, cujo funcionamento implica a existência de um corpo administrativo capaz, especializado e treinado, à altura de suas múltiplas tarefas”. **Curso de direito constitucional**. 40ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 263.

<sup>159</sup> Antonio Joaquim Ribas alertava, quase que prevendo o Brasil futuro, sobre os perigos da absorção da Administração Pública pelo Governo: “infiltrando o seu pensamento interesse, e talvez paixões, em todos os agentes e auxiliares da administração, os transforma em outros tantos soldados seus, devotados, disciplinados e passivamente obedientes. [...] Desviada assim a administração do seu fim natural, e convertida em imensa máquina de guerra, quase sempre o governo consegue a vitória, pois raras vezes as opiniões dissidentes possuem organização igualmente vasta, completa, disciplinada, prestigiosa e dotada dos mesmos conhecimentos e hábitos do comando, dos mesmos recursos pecuniários e da mesma clientela. Sim, consegue a vitória; mas quantas vezes à custa das leis violadas, dos dinheiros públicos esbanjados, dos direitos dos cidadãos conculcados, das necessidades do serviço público olvidadas”. RIBAS, Antonio Joaquim. **Direito administrativo brasileiro: noções preliminares**. 1ª. ed. Rio de Janeiro: F. L. Pinto & C, 1866. pp. 61-62.

<sup>160</sup> REVERBEL, Carlos Eduardo Dieder. **Reforma política e eleições: retrospecto, diagnóstico e alternativas para o Brasil**. 1ª. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018. p. 69

<sup>161</sup> WEBER, Max. **O que é burocracia?** [S.l.]: Conselho Federal de Administração, p. 16. Ebook. Disponível em [http://cfa.org.br/wp-content/uploads/2018/02/40livro\\_burocracia\\_diagramacao.pdf](http://cfa.org.br/wp-content/uploads/2018/02/40livro_burocracia_diagramacao.pdf).

Em segundo lugar, a seleção de funcionários pelos eleitos do dia torna a Administração *menos hierárquica e escalonada*. É claro que “O funcionário tem a expectativa de realizar uma carreira dentro da ordem hierárquica do serviço público”<sup>162</sup>; todavia, nos casos em que os administradores são nomeados e destituídos de acordo com quem está no poder, cada qual ocupará posição independente em relação ao funcionário superior. O futuro profissional, portanto, é também relativamente independente da avaliação positiva advinda da chefia. Por fim, uma vez desgastada a lógica hierárquica do plano de carreira, sem a ascensão “Das posições inferiores, pouco importantes e pior pagas, [...] às superiores”<sup>163</sup> fundamentada no mérito, a ideia de uma Administração *de carreira* se enfraquece por tabela.

Todos esses problemas apontados na estrutura da Administração Pública concorrem para a *imparcialidade* insuficiente: o corpo de funcionários não é técnico, profissional, com plano de carreira vinculado ao mérito e à qualidade dos serviços públicos prestados. Assim, a resolução de conflitos que envolvem o Poder Público se torna uma tarefa enormemente complicada.

Nesse mesmo contexto, a despeito de todo o desenvolvimento da teoria do Estado e das ideias juspolíticas ocorridas e implementadas mundo afora nos últimos séculos, ainda convivemos com uma situação de *irracionalidade institucional*: adotamos um sistema de poderes obsoleto, incompatível com o Estado Social que queremos ser, e permitimos uma duplicidade radical de instâncias na resolução dos litígios que envolvem a Administração, tendo em vista sua organização equivocada. É sobre isso que passamos a tratar neste tópico: descreveremos, mediante pesquisa bibliográfica, de que forma os conflitos administrativos são resolvidos no Brasil, especialmente tendo em vista o princípio da *efetividade da jurisdição*, assim como investigaremos as (1) causas desse estado de coisas; e as (2) consequências na vida das pessoas e na promoção de outros valores e princípios necessários ao bem comum.

Em primeiro lugar, é notório que parcela importante dos procedimentos administrativos são tomados para, no fim, o litígio — com todos os argumentos de fato e de direito — ser rediscutido em demanda judicial. Dessa forma, ainda que exista mais a

---

<sup>162</sup> WEBER, Max. **O que é burocracia?** [S.l.]: Conselho Federal de Administração, p. 19. Ebook. Disponível em [http://cfa.org.br/wp-content/uploads/2018/02/40livro\\_burocracia\\_diagramacao.pdf](http://cfa.org.br/wp-content/uploads/2018/02/40livro_burocracia_diagramacao.pdf).

<sup>163</sup> WEBER, *loc. cit.*

possibilidade de continuar recorrendo no âmbito administrativo, basta contestar perante o juiz; o trânsito em julgado da Administração, portanto, não pode ser oposto ao Poder Judiciário.

O exemplo típico vem do direito tributário. Após impugnações e processamentos administrativos, nos casos em que não houve interposição de recurso ou quando não existe recurso cabível, esgotam-se, evidentemente, as possibilidades de alteração da decisão em seara administrativa. Nesse momento, o contribuinte, caso discorde da conclusão dada ao caso, tem a ampla possibilidade de reiniciar a discussão, agora em instância judicial, mediante embargos à execução fiscal<sup>164</sup>, exceção de pré-executividade e mandado de segurança<sup>165</sup>, bem como por meio do processo de conhecimento pelo procedimento comum. No caso deste último e dos embargos à execução, a cognição do juiz é plena e exauriente<sup>166</sup> — em outras palavras, são tomadas medidas iguais ou similares ao que foi realizado pela Administração. Esse funcionamento significa duplicidade de instrução — portanto, *retrabalho*.

Além disso, parcela significativa dos contribuintes judicializa o impasse antes mesmo de ingressar na segunda instância administrativa (o CARF)<sup>167</sup>. Ressalte-se, por fim, que 39% do total de processos em trâmite no Poder Judiciário brasileiro consiste em execuções fiscais pendentes de decisão<sup>168</sup>, tendo em vista que a Administração não possui competência para impor a quitação forçada das dívidas.

Todavia, caso nos remetamos apenas à possibilidade de reapreciação de todas as causas pelo juiz<sup>169</sup>, faremos uma análise simplista e superficial do problema. Se é verdade que a inexistência de decisões terminativas no âmbito da Administração atrai milhões de processos ao Poder Judiciário (com ou sem decisão final administrativa), também é verdade

---

<sup>164</sup> Transcorrido o prazo para pagamento após a última decisão administrativa, em não havendo quitação, o crédito tributário é inscrito como *dívida ativa*: o artigo 201 do Código Tributário Nacional afirma que “*constitui dívida ativa tributária a proveniente de crédito dessa natureza, regularmente inscrita na repartição administrativa competente, depois de esgotado o prazo fixado, para pagamento, pela lei ou por decisão final proferida em processo regular*”. Notificado dessa inscrição, o contribuinte terá abertura de novo prazo. Novamente pendente de pagamento, a certidão de dívida ativa exerce o papel de título executivo extrajudicial, de acordo com o artigo 784, inciso IX, do Código de Processo Civil de 2015.

<sup>165</sup> Nos casos em que não houver necessidade de dilação probatória, ou seja, quando existir prova pré-constituída pelo contribuinte.

<sup>166</sup> O atual CPC autoriza o juiz a conhecer, nos embargos à execução, de qualquer matéria que possa ser alegada em processo de conhecimento (artigo 917, inciso VI).

<sup>167</sup> UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL. **Inter-relações entre o processo administrativo e o judicial (em matéria fiscal) a partir da identificação de contenciosos cuja solução deveria ser tentada previamente na esfera administrativa**: relatório final. Porto Alegre, v. II, 2010-2011.

<sup>168</sup> CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Justiça em números 2018**: ano-base 2017. Brasília: CNJ, 2018.

<sup>169</sup> Art. 5º, inciso XXXV, da CRFB/88.

que essa dualidade radical de jurisdições possui uma gênese mais profunda: a falta de isenção da Administração Pública — em outras palavras, a subordinação da Administração ao Governo e, portanto, aos partidos que o dominam, como já amplamente demonstrado.

A *fusão*, gerada por esse esquema institucional, de Estado, Governo e Administração torna esta última uma *parte do mesmo poder político dos outros dois*: o Poder Executivo. Se as três funções são espécies do gênero *Poder Executivo*, não se traçam os limites entre o *partidário*, o *apartidário* e o *suprapartidário*<sup>170</sup>. Quando a mesma pessoa exerce a chefia do Governo, do Estado e da Administração Pública, temos um *membro de partido político* — isto é, o representante do *governo do dia* e de uma *maioria eleitoral* — indicando funcionários, criando e extinguindo cargos; em suma, ditando as diretrizes do Estado e da Administração, tornando estes dois *ideológicos* e *partidários*. Ligado ao Governo, o administrador é visto como *parte* “na trama diária das políticas públicas, dos compromissos de partido e das pressões de todos os lados face à escassez dos recursos públicos”<sup>171</sup>. De fato, estudo realizado pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul demonstrou que 73,2% dos respondentes crê que as decisões administrativas não são imparciais (pois apresentam tendência pró-fisco) e que 75,7% concorda com a atribuição, às autoridades administrativas, das garantias conferidas à magistratura<sup>172</sup>. Logo, nosso sistema jurídico foi forçado a evoluir na direção de “[...] submeter, *ex novo*, todo o processamento administrativo, ao crivo — agora sim isento — do poder judiciário, pois este tem garantias constitucionais de isenção frente ao governo do dia”<sup>173</sup> (grifos do autor).

A *consequência* mais evidente desse sistema é que os princípios e valores inerentes ao Estado Democrático de Direito saem comprometidos. Importante salientar que a aplicação do direito pelos órgãos da base da pirâmide juspolítica precisa ser *efetiva*, diante do *direito fundamental à efetividade da tutela jurisdicional*<sup>174</sup>. Partindo da proibição da autotutela, o

<sup>170</sup> REVERBEL, Carlos Eduardo Dieder. **Reforma política e eleições**: retrospecto, diagnóstico e alternativas para o Brasil. 1ª. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018. p. 73.

<sup>171</sup> UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL. **Inter-relações entre o processo administrativo e o judicial (em matéria fiscal) a partir da identificação de contenciosos cuja solução deveria ser tentada previamente na esfera administrativa**: relatório final. Porto Alegre, v. I, 2010-2011.

<sup>172</sup> Com foco específico na execução fiscal, a pesquisa quantitativa abriu espaço para entrevista de 510 respondentes, em todas as regiões do país, provenientes de distintas áreas de atuação em relação ao tema — membros do Estado administrador, do Estado julgador, dos contribuintes e dos líderes da sociedade. Ver CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **A execução fiscal no Brasil e o impacto no Judiciário**: relatório técnico. [S.l], 2011.

<sup>173</sup> UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL, *loc. cit.*

<sup>174</sup> Luiz Guilherme Marinoni explica que, mesmo quando o juiz não decide sobre um direito material com caráter fundamental, está atrelado ao *direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva* de todo e qualquer direito

Estado se encontra no dever de garantir a jurisdição eficiente, já que isso é pressuposto para a tutela de todos os demais direitos<sup>175</sup>.

De fato, para Marinoni, a efetividade da jurisdição tem a ver com “dar tutela *aos direitos — e não apenas* dizer quais direitos merecem proteção”, sendo que “Dar tutela a um direito nada mais é do que lhe outorgar proteção”<sup>176</sup>. É preciso garantir que, no caso concreto, sejam realizados os *fins do Estado* aos quais a atividade de aplicação da lei no caso concreto se propõe (no caso, os fins próximos); “trata-se de imposição que respeita aos próprios fundamentos do Estado Constitucional”<sup>177</sup>. Sobre o mesmo tema, leciona Canotilho:

[...] a existência de uma protecção jurídica eficaz pressupõe o direito à execução das sentenças ('fazer cumprir as sentenças') dos tribunais através dos tribunais (ou de outras autoridades públicas), devendo o Estado fornecer todos os meios jurídicos e materiais necessários e adequados para dar cumprimento às sentenças do juiz. Esta dimensão da protecção jurídica é extensiva, em princípio, à execução de sentenças proferidas contra o próprio Estado [...]<sup>178</sup>.

Se a *efetividade* da jurisdição significa *concretizar*, transportar o *abstrato* para o *plano da realidade*<sup>179</sup>, a decisão jurisdicional, podemos pontuar a primeira consequência desse esquema institucional: a jurisdição, ao envolver interesses da Administração, não é *efetiva*. Em 2017, por exemplo, a arrecadação tributária da Justiça foi insuficiente para cobrir seus próprios custos: arrecadou-se pouco menos de 26 trilhões de reais, via Justiça Federal, e aproximadamente 18,8 trilhões, pelas Justiças Estaduais; o montante investidos nas duas Justiças soma, entretanto, mais de 63 trilhões<sup>180</sup>. A insuficiência de arrecadação é portanto uma das causas do aumento progressivo da já abusiva carga tributária (uma segunda consequência), uma vez que próprio funcionamento do Estado tolera a *perda dos recursos* via *irracionalidade institucional*.

---

previsto pelo ordenamento jurídico. Em **Técnica processual e tutela dos direitos**. 4ª. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 152.

<sup>175</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. **Técnica processual e tutela dos direitos**. 4ª. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. pp. 146 e 152.

<sup>176</sup> MARINONI, Luiz Guilherme *et al.* **Novo curso de Processo Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, v. 1. p. 127.

<sup>177</sup> MARINONI, Luiz Guilherme *et al.* **Curso de Direito Constitucional**. 3ª. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 724.

<sup>178</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7ª. ed. Coimbra: Almedina, 2003. p. 500.

<sup>179</sup> REVERBEL, Carlos Eduardo Dieder. **Reforma política e eleições: retrospecto, diagnóstico e alternativas para o Brasil**. 1ª. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018. p. 102.

<sup>180</sup> CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Justiça em números 2018: ano-base 2017**. Brasília: CNJ, 2018.

Além disso, encontramos impasses no que se refere à *tempestividade*. O princípio da *duração razoável do processo* é considerado direito fundamental na nossa ordem jurídica<sup>181</sup>. Parte-se do pressuposto de que prestar a atividade judicial de forma desproporcionalmente lenta é o mesmo que negá-la<sup>182</sup>. Aqui, entretanto, importante ressaltar que, quando prevê a duração *razoável* do processo, a Constituição não consagra a *celeridade* obrigatória; ela institui, ao menos em tese, a *proporcionalidade* entre o tempo de tramitação e a complexidade do mérito a ser discutido<sup>183</sup>.

Evidentemente, a reapreciação de fato e de direito pelo Poder Judiciário, após todo o procedimento administrativo que seguiu o devido processo, torna o tempo da prestação jurisdicional *desproporcional*: se a complexidade do direito material permite a apuração dos fatos e sua subsunção ao direito num certo período de tempo, qualquer dilação desnecessária ou irracional torna, portanto, a tramitação *irrazoável*. Se a média de duração de um processo tributário no Brasil é de doze anos<sup>184</sup>, é provável que parcela significativa desse período seja, para usar a expressão de Marinoni, “tempo patológico”<sup>185</sup> — em outros termos, tempo desperdiçado. Ademais, o país é líder no que se refere a tempo gasto pelas empresas em questões tributárias (um empresário alemão, por exemplo, gasta 26 vezes menos tempo)<sup>186</sup>; isso para não falar no desperdício de trabalho e de esforço empreendido pelos trabalhadores, em razão da reapreciação de todas as questões de fato e de direito.

É excesso de tempo, de recursos e de energia despendidos para pouco resultado:

Disto decorre, entre tantos outros problemas, um tempo médio de trâmite das execuções fiscais, no RS, de 1.176 dias, ou, aproximadamente, três anos e três meses para uma arrecadação média que varia de um máximo de 1,17% (um inteiro e dezessete centésimos por cento) para as dívidas previdenciárias, que quase sempre constituem crime de omissão de recolhimento de contribuição previdenciária, para 0,78% (setenta e oito centésimos por cento) para as dívidas federais gerais e 0,77% (setenta e sete centésimos por cento) para as dívidas estaduais, além de uma aposta crescente na ineficiência do aparato estatal encarregado da cobrança judicial,

<sup>181</sup> Art. 5º, inciso LXXVIII, da CRFB.

<sup>182</sup> MARINONI, Luiz Guilherme *et al.* **Curso de Direito Constitucional**. 3ª. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. pp. 765.

<sup>183</sup> *Ibidem*, pp. 766.

<sup>184</sup> UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL. **Inter-relações entre o processo administrativo e o judicial (em matéria fiscal) a partir da identificação de contenciosos cuja solução deveria ser tentada previamente na esfera administrativa**: relatório final. Porto Alegre, v. II, 2010-2011.

<sup>185</sup> MARINONI, Luiz Guilherme *et al.* **Curso de Direito Constitucional**. 3ª. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. pp. 767.

<sup>186</sup> UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL, *loc. cit.*

gerando um aumento médio anual, no número de execuções fiscais em tramitação, de aproximadamente 20%<sup>187</sup>.

Por fim, a possibilidade de *controle de constitucionalidade* pelo magistrado ordinário acrescenta um impasse a mais. Se todas as decisões atinentes à atividade administrativa — hipertrofiada no Estado social — têm não apenas sua *legalidade* mas também seu *mérito* controlado por aquele que tem competência para afastar a aplicação de uma lei, considerando-a inconstitucional, potencializa-se a insegurança jurídica: nada impede que o juiz, depois de todo o trâmite de ambos os processos, pondere princípios constitucionais — tarefa que seria, em princípio, do Tribunal Constitucional — e os aplique diretamente ao caso concreto, reconhecendo a inconstitucionalidade do ato administrativo (da cobrança de um tributo, por exemplo) ou da lei mesma que o autoriza; ocorre aqui, novamente, a substituição do *administrador* pelo *juiz*<sup>188</sup>. Logo, num sistema dotado de técnicas de controle difuso de constitucionalidade, a possibilidade de reanálise de todas as decisões administrativas pelo Poder Judiciário fomenta a imprevisibilidade, de modo que situações análogas, inclusive com fatos geradores idênticos, possam ser resolvidas de forma distinta, a depender da subjetividade do magistrado.

A despeito disso, subsiste o fato de que o administrador, se bem intencionado for, conhecerá a oferta (escassez de recursos) e a demanda<sup>189</sup>; assim sendo, é preferível subsistir a decisão do *administrador*, no que diz respeito às suas funções, ao caminho do *ativismo judicial* e da gerência de serviços públicos por aquele que conhece *o direito*. É evidente, pois, que a tentativa de resolver a situação de ineficiência mediante introdução do juiz no campo próprio da Administração (ativismo judicial) impõe aos gestores públicos obrigações

---

<sup>187</sup> UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL. **Inter-relações entre o processo administrativo e o judicial (em matéria fiscal) a partir da identificação de contenciosos cuja solução deveria ser tentada previamente na esfera administrativa**: relatório final. Porto Alegre, v. II, 2010-2011.

<sup>188</sup> A jurisprudência, inclusive, já limitou a análise do Judiciário quanto à conveniência do ato administrativo: “DIREITO ADMINISTRATIVO. RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. POLICIAL MILITAR INATIVO. DESIGNAÇÃO PARA O SERVIÇO ATIVO. ATO DISCRICIONÁRIO. RECURSO IMPROVIDO. 1. A designação de policiais militares da reserva remunerada do Estado de Mato Grosso do Sul para o serviço ativo é ato discricionário do Governador do Estado. Inteligência da Lei Complementar Estadual 53/90 e do Decreto 9.659/99. 2. No controle dos atos discricionários, o Poder Judiciário deve, em regra, limitar-se ao exame da legalidade do ato, sendo vedada a análise dos critérios de conveniência e oportunidade adotados pela Administração. 3. Recurso ordinário improvido” (STJ, RMS 25.001/MS, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, 5ª Turma, j. 18/08/2009, DJe 14/09/2009).

<sup>189</sup> REVERBEL, Carlos Eduardo Dieder. **Reforma política e eleições**: retrospecto, diagnóstico e alternativas para o Brasil. 1ª. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018. p. 106.

imprevisíveis e desviadas do planejamento inicial, aprofundando a ineficiência existente e gerando, pois, *mais ativismo judicial*.

### 3.3 A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA COMO PODER E O CONTROLE JURISDICIONAL DO ATO ADMINISTRATIVO

Neste trabalho, citamos dois pontos problemáticos no funcionamento da Administração Pública brasileira. Ambos se referem à arquitetura institucional e podem ser mitigados via reforma da Lei Fundamental, a qual determina a organização básica do Estado.

Como já descrevemos, a Administração Pública, no Brasil, não é um poder autônomo como na concepção weberiana<sup>190</sup>. Parcela significativa das vagas está disponível para livre nomeação e exoneração da parte do Governo (isto é, dos partidos políticos e coligações vencedores nas urnas<sup>191</sup>). Desse modo, os cargos acabam funcionando como moedas de troca para: (i) manter uma base aliada, permitindo que o Chefe do Executivo consiga maioria no Parlamento e aprove seus projetos; e para (ii) quitar compromissos eleitorais, devolvendo favores prestados em campanhas mediante cargos públicos. Assim sendo, a Administração “veste a camiseta” da ideologia do Governo, do partido que está no poder. Abstrai-se assim o fato de que, como bem pontuou Reverbel, “o administrado não tem um partido: ele é cidadão e deseja do órgão da administração o serviço requerido”<sup>192</sup>.

Ademais, em razão de expressa determinação constitucional, atualmente nenhuma decisão da Administração é apta à coisa julgada. Dessa forma, as questões são avaliadas, com respeito ao devido processo administrativo, para que depois sejam submetidas a novo exame pelo Poder Judiciário. Esse funcionamento tem um diversos efeitos: (i) compromete a celeridade dos julgamentos; (ii) sobrecarrega o Poder Judiciário; e (iii) cria um contexto

---

<sup>190</sup> WEBER, Max. **O que é burocracia?** [S.l.]: Conselho Federal de Administração, pp. 60-61. Ebook. Disponível em [http://cfa.org.br/wp-content/uploads/2018/02/40livro\\_burocracia\\_diagramacao.pdf](http://cfa.org.br/wp-content/uploads/2018/02/40livro_burocracia_diagramacao.pdf).

<sup>191</sup> Max Weber já advertia que “os partidos, como corresponde à sua natureza, costumam considerar decisivos não aspectos técnicos, mas os serviços fiéis prestados”. *Idem*. **Economia e sociedade: fundamentos da sociologia compreensiva**. Trad. Regis Barbosa e Karen Elsabe Barbosa. 4ª. ed. Brasília, Universidade de Brasília, 2015. v. II. p. 202.

<sup>192</sup> REVERBEL, Carlos Eduardo Dieder. **Reforma política e eleições: retrospecto, diagnóstico e alternativas para o Brasil**. 1ª. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018. p. 68. Max Weber explica que o funcionário burocrático ideal exerce seu cargo “*sine ira et studio*, em ódio e paixão, e, portanto, sem ‘amor’ e ‘entusiasmo’, sob a pressão de simples conceitos de *dever*, sem considerações pessoais, de modo formalmente igual para ‘cada qual’, isto é, cada qual dos interessados que *efetivamente* se encontram em situação igual”. Ver **Economia e sociedade: fundamentos da sociologia compreensiva**. Trad. Regis Barbosa e Karen Elsabe Barbosa. 4ª. ed. Brasília: Universidade de Brasília, 2015. v. I. p. 147.

propício para substituição da decisão do administrador pela opinião do juiz. Encontramos, portanto, “reapreciações judiciais morosas desnecessárias de matérias já apreciadas em âmbito administrativo e suas instâncias recursais”<sup>193</sup>.

São diversas as reformas necessárias para promover a coerência institucional no Brasil. Primeiramente, a separação entre Estado e Governo<sup>194</sup> — com este último saindo diretamente da maioria parlamentar — tornaria mais natural a formação de uma base aliada. Em segundo lugar, a redução dos tamanhos das circunscrições eleitorais reduziria o custo das campanhas, atualmente impagáveis pelo cidadão comum, tornando necessário menor número de pessoas a serviço de cada candidato<sup>195</sup>. Ademais, a separação entre jurisdição ordinária e jurisdição constitucional tornaria mais delimitada a competência de cada órgão, reduzindo o ativismo judicial<sup>196</sup> e, portanto, favorecendo a segurança jurídica e a aplicação do princípio da legalidade.

Não subestimamos a potencial dessas reformas. No entanto, a separação entre Governo e Administração permanece mais pertinente no âmbito deste trabalho, em conjunto com a adaptação do controle jurisdicional dos atos administrativos.

### 3.3.1 Separação entre Governo e Administração

A organização juspolítica deve manter, na medida do possível, as respectivas esferas de autonomia para cada função do Estado: portanto, é necessário separar Estado, Governo e Administração.

A institucionalização da Administração Pública como *poder político*, segregada do Governo e responsável por concretizar os projetos por ele aprovados, é capaz de tornar a burocracia estatal suficientemente independente para aplicar a melhor técnica — a mais eficiente dentre as possibilidades, considerando o interesse público e os recursos disponíveis — com a finalidade de concretizar as escolhas políticas do Governo (e, no fundo, as do povo que o elegeu). De fato, “quanto maior for a *autonomia* entre o *Governo* e a *Administração*,

---

<sup>193</sup> REVERBEL, Carlos Eduardo Dieder. **Reforma política e eleições**: retrospecto, diagnóstico e alternativas para o Brasil. 1ª. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018. p. 72.

<sup>194</sup> BOEIRA, Marcus. Da necessária separação entre Estado e Governo. **Instituto de Formação e Educação**, Campinas, 10 set. 2015. Disponível em: <http://ife.org.br/da-necessaria-separacao-entre-estado-e-governo-por-marcus-boeira/>. Acessado em 09 mai. 2019.

<sup>195</sup> REVERBEL, *op. cit.*, p. 69.

<sup>196</sup> *Ibidem*, pp. 101-102.

maior será a eficiência desta, que poderá, a partir de seus quadros técnicos e burocráticos, implementar as políticas deliberadas pelo Governo do dia”<sup>197</sup>.

Desse modo, os servidores da Administração devem ser “técnicos e cientistas, investidos na carreira por concurso público e pela meritocracia (demonstração de conhecimentos e aptidões para o cargo)”<sup>198</sup>. Devem ser organizados por plano de cargos, com promoções por antiguidade e merecimento, bem como submetidos a cursos preparatórios e avaliações para que avancem na carreira<sup>199</sup> — por exemplo, ascendendo à função de julgar mediante o cumprimento de requisitos, como formação jurídica e experiência mínima nos quadros da Administração ativa. Esses servidores devem atuar no contexto descrito por Max Weber como *dominação legal* ou *racional*, de modo que se alcance “*tecnicamente* o máximo de rendimento em virtude de precisão, continuidade, disciplina, rigor e confiabilidade”<sup>200</sup>; o autor pontuou essas características e, pela clareza e precisão, transcrevemos:

1. são pessoalmente livres; obedecem somente às obrigações *objetivas* de seu cargo;
2. são *nomeados* (e não eleitos) numa *hierarquia* rigorosa dos cargos;
3. têm *competências* funcionais fixas;
4. em virtude de um contrato, portanto, (em princípio) sobre a base de livre seleção segundo
5. a *qualificação profissional* — no caso mais racional: qualificação verificada mediante prova e certificada por diploma;
6. são remunerados com salários fixos em *dinheiro*, na maioria dos casos com direito a aposentadoria; em certas circunstâncias (especialmente em empresas privadas), podem ser demitidos pelo patrão, porém sempre podem demitir-se por sua vez; seu salário está escalonado, em primeiro lugar, segundo a posição na hierarquia e, além disso, segundo a responsabilidade do cargo e o princípio da correspondência à posição social (capítulo IV);
7. exercem seu cargo como *profissão* única ou principal;
8. têm a perspectiva de uma carreira: “progressão” por tempo de serviço ou eficiência, ou ambas as coisas, dependendo do critério dos superiores;
9. trabalham em “separação absoluta dos meios administrativos” e sem apropriação do cargo;
10. estão submetidos a um sistema rigoroso e homogêneo de *disciplina* e controle do serviço<sup>201</sup>.

<sup>197</sup> REVERBEL, Carlos Eduardo Dieder. **Reforma política e eleições**: retrospecto, diagnóstico e alternativas para o Brasil. 1ª. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018. p. 69.

<sup>198</sup> *Ibidem*, p. 68.

<sup>199</sup> *Idem*. (Informação oral). **Aulas de Política e Teoria do Estado do Curso de Ciências Jurídicas e Sociais da Universidade Federal do Rio Grande do Sul**, 1.º semestre de 2019.

<sup>200</sup> WEBER, Max. **Economia e sociedade**: fundamentos da sociologia compreensiva. Trad. Regis Barbosa e Karen Elsabe Barbosa. 4ª. ed. Brasília: Universidade de Brasília, 2015. v. I. p. 145.

<sup>201</sup> *Ibidem*, p. 144.

Como poder independente do Chefe de Governo e sob o comando apenas nominal do Chefe de Estado<sup>202</sup>, a Administração Pública alcança certas qualidades essenciais à sua função, mediante a qual serve, além dos demais poderes constituídos, o “interesse público mais elevado”<sup>203</sup>. Essas características foram enumeradas de maneira precisa por Souza Junior e Reverbel: “permanência (ou continuidade), profissionalidade, tecnicidade, imparcialidade, apartidariedade”<sup>204</sup>.

### 3.3.2 Controle jurisdicional do ato administrativo

Em segundo lugar, é importante prestar atenção nas características específicas da atividade administrativa, separando-se a esfera do *direito* (área de atuação do juiz, isto é, do Poder Judiciário) e da *política* (área de atuação do administrador). Isso implica organizar um controle jurisdicional dos atos da Administração que respeite essas peculiaridades e seja, ao mesmo tempo, suficiente para tutela dos direitos fundamentais nos litígios entre administrador e administrado — tão comuns na Administração atuante do *welfare state*.

Em regra, a doutrina administrativista brasileira, ao tratar do controle dos atos da Administração Pública, limita-se a explicar o modelo atual e a apreciação da legalidade pelo Poder Judiciário. Não encontramos um adequado aprofundamento partindo da hexapartição dos poderes do Estado, tal como descrita por Cezar Saldanha Souza Junior em *O Tribunal Constitucional como Poder: uma nova visão dos poderes políticos*, de modo que a apreciação crítica da realidade nacional é, em geral, inexistente.

Não duvidamos da importância de que os atos da Administração Pública sejam controlados por um terceiro imparcial — incidindo sobre eles, portanto, o fenômeno da *jurisdição*<sup>205</sup>. Todavia, questionamo-nos se os motivos que ensejam a pertinência do controle pelo Poder Judiciário não estariam igualmente presentes caso esse mesmo controle fosse realizado pela própria Administração Pública, desde que organizada como um poder

<sup>202</sup> SOUZA JÚNIOR, Cezar Saldanha; REVERBEL, Carlos Eduardo Dieder. **O Tribunal Constitucional como poder: uma nova visão dos poderes políticos**. 2ª. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 104.

<sup>203</sup> *Ibidem*, p. 100.

<sup>204</sup> *Ibidem*, 100-101.

<sup>205</sup> “A jurisdição é a função atribuída a terceiro imparcial (a) de realizar o Direito de modo imperativo (b) e criativo (reconstrutivo) ©, reconhecendo/efetivando/protégendo situações jurídicas (d) concretamente deduzidas (e), em decisão insuscetível de controle externo (f) e com aptidão para tornar-se indiscutível (g)”. DIDIER JR., Fredie. **Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento**. 19ª. ed. Salvador: Jus Podivm, 2017. p. 173.

autônomo, imparcial e técnico, e se não seria possível racionalizar o funcionamento das instituições com a implementação dessa lógica.

No direito brasileiro, a coisa julgada administrativa — ou seja, a impossibilidade de modificação da decisão na esfera da Administração Pública — não é oponível ao Poder Judiciário<sup>206</sup>. Todavia, isso não significa que a Administração (atualmente, integrante do Poder Executivo) não exerça a atividade jurisdicional. Nesse sentido, é necessário enfatizar o conceito de *jurisdição*, como atividade de dizer o direito<sup>207</sup>; quando aplica a lei ao caso concreto, qualquer um dos poderes do Estado exerce jurisdição<sup>208</sup>, embora somente aquela operada pelo Poder Judiciário seja apta a se tornar indiscutível<sup>209</sup>.

Quanto ao *ato administrativo*, objeto do controle jurisdicional da Administração Pública, o legislador brasileiro optou por não o conceituar<sup>210</sup>. Diante disso, o conceito pode ser extraído apenas mediante exame doutrinário. Para Bandeira de Mello<sup>211</sup>, *ato administrativo* — em sentido amplo — é uma declaração do Estado ou de alguma autoridade pública que lhe faça as vezes, no exercício de prerrogativas públicas, que visa a dar cumprimento aos comandos de lei e que está sujeita ao controle de legitimidade proveniente de órgão estatal dotado de competência jurisdicional. Importante ressaltar que, por se referir ao contexto brasileiro, o autor parte do pressuposto de que o órgão responsável por esse controle é o Poder Judiciário.

Miguel Reale, apesar de ressaltar a dificuldade de conceituar o ato administrativo, afirma que se trata de um conceito uno, o qual significa “o ato típico por excelência da Administração, aquele pelo qual ela se distingue do Legislativo e do Judiciário, isto é, o exercício de sua tarefa específica de execução *in concreto* dos fins da sociedade e do Direito,

<sup>206</sup> Art. 5º, inciso XXXV, da CRFB.

<sup>207</sup> MEIRELLES, Hely Lopes; BURLE FILHO, José Emmanuel. **Direito administrativo brasileiro**. 42ª. ed. São Paulo: Malheiros, 2016. p. 815.

<sup>208</sup> “É certo que a jurisdição é exercida principalmente, e na maior parte, por juízes, e que o ofício característico e mais frequente dos juízes é o de resolver os litígios; mas isto não constitui toda a jurisdição [...]”. ROMANO, Santi. **Princípios de Direito Constitucional Geral**. 1ª. ed. São Paulo: Revista. dos Tribunais, 1977. pp. 379-380.

<sup>209</sup> “Falta ao *ato jurisdicional administrativo* aquilo que os publicistas norte-americanos chamam *the final enforcing power* e que se traduz livremente como *o poder conclusivo da Justiça Comum*. Esse poder, nos sistemas constitucionais que não adotam o *contencioso administrativo*, é privativo das decisões judiciais”. MEIRELLES, Hely Lopes; BURLE FILHO, José Emmanuel. **Direito administrativo brasileiro**. 42ª. ed. São Paulo: Malheiros, 2016. p. 815.

<sup>210</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 30ª. ed. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 379.

<sup>211</sup> *Ibidem*, pp. 389-390.

por iniciativa própria e por meios não contenciosos”<sup>212</sup>. Para Reale, é essencial no ato administrativo a *tipicidade*, já que, mesmo quando lhe é permitido agir de forma discricionária, a Administração deve se pautar por fins e meios específicos: pelos fins do interesse público e pelos meios que foram previamente conferidos<sup>213</sup>. Reale se refere, em outros termos, ao *princípio da legalidade*, o qual rege a Administração Pública.

O jurista italiano Santi Romano conceitua ato administrativo como “[...] uma pronúncia especial de uma autoridade no exercício de uma função administrativa”<sup>214</sup>. O autor examina um por um dos elementos do conceito, afirmando que: (i) deve ser *uma pronúncia*, não cabendo no conceito toda e qualquer ação ou omissão da Administração Pública; (ii) deve ser *oriunda de uma autoridade*, no sentido de que nessa autoridade se manifeste a qualidade de pessoa de direito público do ente em que atua; (iii) precisa estar cumprindo uma *função administrativa*; e (iv) a pronúncia precisa ser *especial*, no sentido de que não deve conter norma jurídica geral e abstrata. Portanto, para Romano, distinguem-se, pelo último requisito, o ato administrativo propriamente dito do regulamento, já que este último é dotado de abstração e generalidade<sup>215</sup>.

Excluindo de seu conceito os contratos administrativos, Hely Lopes Meirelles sustenta que o ato administrativo é uma manifestação unilateral de vontade da Administração, a qual age nessa qualidade — com supremacia de Poder Público —, a fim de “adquirir, resguardar, transferir, modificar, extinguir e declarar direitos, ou impor obrigações aos administrados ou a si própria”<sup>216</sup>.

No entendimento de Seabra Fagundes<sup>217</sup>, se a função administrativa visa a *acomodar* as situações abstratamente consideradas às situações individuais, realizando *o direito* para que apareçam *direitos*<sup>218</sup>, então faz sentido que, para o autor, *atos administrativos* sejam “aqueles pelos quais o Estado determina situações jurídicas individuais ou concorre para sua

<sup>212</sup> REALE, Miguel. **Revogação e anulamento do ato administrativo**. 1ª. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1968. pp. 34-35.

<sup>213</sup> *Ibidem*, p. 35.

<sup>214</sup> “[...] una pronuncia speciale di un’autorità nell’esercizio di una funzione amministrativa”. ROMANO, Santi. **Principii di Diritto Amministrativo italiano**. 2ª. ed. Milão: Società Editrice Libreria, 1905. pp. 48-49 (tradução nossa).

<sup>215</sup> *Ibidem*, pp. 49-50.

<sup>216</sup> MEIRELLES, Hely Lopes; BURLE FILHO, José Emmanuel. **Direito administrativo brasileiro**. 42ª. ed. São Paulo: Malheiros, 2016. p. 173.

<sup>217</sup> FAGUNDES, Miguel Seabra. **O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário**. 8ª. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010. pp. 48-49.

<sup>218</sup> *Ibidem*, pp. 7-8.

formação”<sup>219</sup>. Para o autor, o Estado, via de regra, exerce a atividade administrativa partindo de uma atuação mais geral e abstrata (atos de ordem *interna*) para, enfim, efetuar atos que possuem uma relação mais próxima com a pessoa humana (atos de ordem *externa*), podendo ou não ser necessários, posteriormente, atos materiais (*atos administrativos*) para a efetiva concretização da vontade da lei — ou *execução do direito*, em outras palavras. Podemos comparar, apenas para fins didáticos, com a sentença judicial: há sentenças que precisam da execução de atos materiais para que o direito se concretize, enquanto, em outros casos, a mera decisão judicial se basta a si mesma (como no caso das sentenças declaratórias e constitutivas).

A despeito das vicissitudes de cada conceito doutrinário de *ato administrativo*, podemos constatar um ponto comum, uma concordância, entre os autores: trata-se de uma atividade em que o Estado não age como um ente privado, mas age *como Poder Público*. Figurando como locatária de um imóvel para instalar uma repartição, a Administração celebra um negócio jurídico — um contrato —, e o vínculo dele resultante é submetido aos princípios e regras do *direito privado*: atua, em suma, em paridade de condições com o agente privado. O mesmo não ocorre quando o Estado age em sua atividade típica.

Como emissor de atos administrativos, o Estado<sup>220</sup> opera em sua função típica; aqui, trata-se do *poder de império*<sup>221</sup>, ou seja, da possibilidade do Estado de “impor incondicional e coercitivamente o próprio querer às pessoas que dele dependem”<sup>222</sup>. Desse modo, o *imperium* distingue o Estado dos demais entes que se encontram em seu território<sup>223</sup>; no mesmo sentido, Jellinek afirma que a *dominação* é a característica que diferencia o poder estatal — o *imperium* — de todos os demais poderes. É possível que existam poderes derivados; todavia, serão sempre originados no poder do Estado: “um poder análogo, porém, não originário, como o do Estado, mas conferido por este último”<sup>224</sup>.

<sup>219</sup> FAGUNDES, Miguel Seabra. **O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário**. 8ª. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p. 29.

<sup>220</sup> O Estado descrito como monopolista da dominação é a unidade política surgida na Modernidade. Ver JELLINEK, Georg. **Teoria General del Estado**. Buenos Aires: Albatros, 1970. pp. 322-323.

<sup>221</sup> “[...] la esencia y justificación del Estado radica en la tenencia y posesión del imperium, pero que no está exclusivamente limitada a esto”. *Ibidem*, p. 471.

<sup>222</sup> ROMANO, Santi. **Princípios de Direito Constitucional Geral**. 1ª. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977. p. 85.

<sup>223</sup> ROMANO, *loc. cit.*

<sup>224</sup> ROMANO, *loc. cit.*

Partindo da premissa de que, na prática do ato administrativo, há a atuação da Administração como *atividade típica do Estado* — portanto, apta a exercer a *coação legítima* monopolizada por ele<sup>225</sup> —, podemos concluir que há um poder sendo exercido; logo, existe um poder a ser controlado. Nesse sentido, frise-se que, na evolução institucional do Ocidente moderno, a contenção do poder estatal (ou, ao menos, sua tentativa) exerce papel essencial e está intimamente associada à própria *concepção de liberdade* compartilhada e difundida no senso comum.

A definição de liberdade, o significado de ser a pessoa humana *livre*, não é constante na história<sup>226</sup>. Os povos antigos assim consideravam os indivíduos aptos a influir na vida da *pólis*<sup>227</sup>, aí encontrando a liberdade que almejavam — ainda que tivessem suas vidas privadas totalmente submissas ao poder público<sup>228</sup>. Por outro lado, o cidadão ocidental moderno aspira a uma liberdade dotada de outro significado; ele encontra na *contenção* do poder do Estado uma premissa essencial para que seja livre. O foco, na modernidade, é nas *abstenções* estatais, na *impossibilidade* de o Poder Público ultrapassar certas barreiras<sup>229</sup>; é dessa forma, portanto, que a Idade Moderna entende a liberdade, buscada mediante reformas (liberalismo inglês) ou revoluções (liberalismo francês)<sup>230</sup>.

---

<sup>225</sup> “Hoje, o Estado é aquela comunidade humana que, dentro de determinado território — este, o “território”, faz parte da qualidade característica —, reclama para si (com êxito) o monopólio da coação física legítima, pois o específico da atualidade é que a todas as demais associações ou pessoas individuais somente se atribui o direito de exercer coação física na medida em que o Estado o permita. Este é considerado a única fonte do ‘direito’ de exercer coação”. WEBER, Max. **Economia e sociedade: fundamentos da sociologia compreensiva**. Trad. Regis Barbosa e Karen Elsabe Barbosa. 4ª. ed. Brasília: Universidade de Brasília, 2015. v. II. pp. 525-526.

<sup>226</sup> Montesquieu chegou a constatar que a liberdade nem sempre foi definida da mesma forma: “Não existe palavra que tenha recebido tantos significados e tenha marcado os espíritos de tantas maneiras quanto a palavra liberdade. Uns a tomam como a facilidade de depor aquele a quem deram um poder tirânico; outros, como a facilidade de eleger a quem devem obedecer; outros, como o direito de estarem armados e de poderem exercer a violência; estes, como o privilégio de só serem governados por um homem de sua nação, ou por suas próprias leis. [...] Enfim, cada um chamou liberdade ao governo conforme a seus costumes ou a suas inclinações [...]”. MONTESQUIEU, Charles Louis de Secondat, Baron de la. **O espírito das leis**. 2ª. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1996. pp. 165-166.

<sup>227</sup> CONSTANT, Benjamin. **A liberdade dos antigos comparada à liberdade dos modernos**. Organização, estudo introdutório e tradução de Emerson Garcia. Coleção clássicos do direito; v. 3. São Paulo: Atlas, 2015. p. 86.

<sup>228</sup> O grego, mesmo o cidadão, era um escravo do Estado. Em REVERBEL, Carlos Eduardo Dieder. (Informação oral). **Aulas de Política e Teoria do Estado do Curso de Ciências Jurídicas e Sociais da Universidade Federal do Rio Grande do Sul**, 2.º semestre de 2019.

<sup>229</sup> “Quanto mais tempo e forças o homem consagrava ao exercício de seus direitos políticos, mais ele se considerava livre; na espécie de liberdade a qual somos suscetíveis, quanto mais o exercício de nossos direitos políticos nos deixar tempo para nossos interesses privados, mais a liberdade nos será preciosa”. CONSTANT, Benjamin. **A liberdade dos antigos comparada à liberdade dos modernos**. Organização, estudo introdutório e tradução de Emerson Garcia. Coleção clássicos do direito; v. 3. São Paulo: Atlas, 2015. p. 121.

<sup>230</sup> Sobre as duas modalidades essenciais de liberalismo, ver SOUZA JÚNIOR, Cezar Saldanha. **Consenso e tipos de Estado no Ocidente**. 1ª. ed. Porto Alegre: Sagra Luzzatto, 2002. pp. 23-28.

Para o homem ocidental contemporâneo, a liberdade ideal já não é igual a nenhuma das anteriores<sup>231</sup>; podemos pontuar, em síntese, que a liberdade para os contemporâneos mescla aspectos de ambas as concepções<sup>232</sup>, de modo que se tornaram fundamentais *tanto* a manutenção de uma esfera privada autônoma *quanto* a garantia de participação nas decisões do Estado (especialmente no que diz respeito a *grupos* específicos, como demonstrou a campanha para consagrar o voto feminino). Ainda, inclui-se a prestação de serviços públicos, dos quais, muitas vezes, o ser humano é dependente para que possa viver com dignidade.

Constatamos, portanto, que na contemporaneidade ambas as formas de liberdade precisam se adaptar para que possam coexistir: é necessário que o Estado tenha meios para prestar e garantir certos direitos, ao mesmo tempo em que subsiste a necessidade do controle da intromissão estatal na autonomia individual. O sujeito ocidental contemporâneo, como tendência geral, não tolera a presença invasiva do Poder Público na vida privada, ainda que em troca do hipotético direito de deliberar e de decidir, pessoalmente, o futuro da coisa pública (democracia participativa). Desse modo, os direitos individuais, em confronto com a intervenção do Estado — o qual, no que importa para este trabalho, atua como poder administrativo —, permanecem, ao menos em tese, destinatários de proteção.

Nessa lógica, é verdade que ao Estado Social, típica unidade política do século XX, não interessa apenas bloquear a intervenção na vida privada, já que “cresce ao redor de uma função nova: a de promover uma ordem em construção, inspirada por um ideal de bem comum”<sup>233</sup>. Contudo, não se trata de fazer tábula rasa do passado a fim de substituir o Estado Liberal Clássico por algo totalmente novo; o objetivo é delegar ao Poder Público novas funções *além* do simples dever de abstenção — o que não significa, de modo algum, abandono completo dos direitos consolidados pelo Estado Liberal. A Constituição espanhola, em seu primeiro artigo, afirma tratar-se de um Estado *social e democrático de direito*<sup>234</sup>; partindo desse ângulo, Cezar Saldanha Souza Júnior explica que:

---

<sup>231</sup> A concepção de liberdade para os contemporâneos aguarda maior aprofundamento. Em REVERBEL, Carlos Eduardo Dieder. (Informação oral). **Aulas de Política e Teoria do Estado do Curso de Ciências Jurídicas e Sociais da Universidade Federal do Rio Grande do Sul**, 2.º semestre de 2019.

<sup>232</sup> REVERBEL, *loc. cit.*

<sup>233</sup> SOUZA JÚNIOR, Cezar Saldanha. **Consenso e tipos de Estado no Ocidente**. 1ª. ed. Porto Alegre: Sagra Luzzatto, 2002. p. 87.

<sup>234</sup> REINO DA ESPANHA. **Constituição Espanhola**. Disponível em: <https://www.tribunalconstitucional.es/es/tribunal/normativa/Normativa/CEportugu%C3%A9s.pdf>. Acessado em: 21 set. 2019.

A referência a “Estado de Direito” está a indicar a submissão do poder do Estado a uma ordem jurídica que garante os direitos fundamentais da pessoa, conquista da tradição liberal diante do absolutismo. A adjetivação “social” revela, por sua vez, que se acrescentam novos conteúdos a esses direitos e que toda a estruturação jurídica do Poder é adaptada às novas condições da sociedade contemporânea<sup>235</sup>.

Portanto, por mais que o foco do Estado contemporâneo já não seja somente garantir autonomia aos atores privados, permanece importante a esfera individual da pessoa humana e a submissão da atividade administrativa à lei<sup>236</sup>. Desse modo, quando se visa a prevenir ou a revisar eventual ilegalidade ou abuso de poder, o controle do ato administrativo é essencial.

Hely Lopes Meirelles define que “controle, em tema de administração pública, é a faculdade de vigilância, orientação e correção que um Poder, órgão ou autoridade exerce sobre a conduta funcional de outro”<sup>237</sup>. Nesse cenário, importante destacar dois pontos importantes sobre o controle do ato administrativo: primeiro, a pertinência desse controle para a garantia da liberdade e dos direitos fundamentais ainda é notável; segundo, o controle da intervenção do Estado-administrador na vida privada adquire traços próprios diante da necessidade de manter o funcionamento eficiente do sistema administrativo, devido à grande quantidade de atividades a ele delegadas. Conjuguar a eficiência da Administração com o legado permanente do Estado Liberal exige que levemos essas premissas em conta.

Primeiramente, o controle do ato administrativo é imprescindível para evitar ou reprimir possível abuso de poder na relação entre administrador e administrado. Não é novidade na doutrina ocidental que, possuindo poder, o ser humano tenderá a abusar dele: Montesquieu afirmava que o homem “vai até onde encontra limites”<sup>238</sup>. Nesse aspecto, não se trata apenas de perseguir os objetivos determinados em lei, mas de eleger os *meios* adequados e proporcionais, de modo a não violar o núcleo fundamental nem do interesse público, nem dos direitos individuais, aos quais o poder do Estado deve estar sempre subordinado<sup>239</sup>. De fato, de todo direito objetivo surgem direitos subjetivos — no âmbito do Direito

<sup>235</sup> SOUZA JÚNIOR, Cezar Saldanha. **Consenso e tipos de Estado no Ocidente**. 1ª. ed. Porto Alegre: Sagra Luzzatto, 2002. p. 75.

<sup>236</sup> “[...] no Estado de Direito, a Administração só pode agir sob a lei. Por isso se diz, generalizadamente, que a Administração, além de estar proibida, como qualquer, de atuar em desacordo com a lei, demais disso, só pode emitir atos jurídicos em conformidade com lei que a habilite a tanto”. MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 30ª. ed. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 963.

<sup>237</sup> MEIRELLES, Hely Lopes; BURLE FILHO, José Emmanuel. **Direito administrativo brasileiro**. 42ª. ed. São Paulo: Malheiros, 2016. p. 795.

<sup>238</sup> MONTESQUIEU, Charles Louis de Secondat, Baron de la. **O espírito das leis**. 2ª. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1996. p. 166.

<sup>239</sup> LIMA, Ruy Cirne. **Princípios de Direito Administrativo**. 7ª. ed. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 297.

Administrativo, esses direitos são os *direitos públicos subjetivos*<sup>240</sup>. Esses direitos se amparam na dignidade da pessoa humana (princípio essencial para a promoção do *bem comum*<sup>241</sup>), sendo a promoção desta o objetivo do Estado de Direito<sup>242</sup>.

Como já esclarecemos, a amplitude das funções administrativas no Estado social não é pequena; nesse sentido, são variadas e numerosas as possibilidades de conflito entre administrador e administrado. É aqui que a própria Administração pode cometer violações aos direitos públicos subjetivos — seja por *ação*, quando o exercício do direito depende de abstenção do Estado, seja por *omissão*, quando é necessária a tomada de providência<sup>243</sup>. Aprofundemos melhor as diferenças.

O Estado-administrador pode violar direitos dos particulares por *ação*, quando a atividade “importe exorbitância dos limites legalmente assinados à sua atividade”<sup>244</sup>. Seabra Fagundes cita como exemplo a apropriação, pela Administração, de imóvel particular sem o devido processo de expropriação e indenização<sup>245</sup>. Diferentemente do caso da responsabilidade por omissão, que será detalhada adiante, a doutrina é mais homogênea ao afirmar que o direito brasileiro consagra a responsabilidade objetiva do Estado<sup>246</sup> quando o dano tiver sido causado pela *ação* administrativa. Essa é a interpretação da Constituição, a qual dispõe que:

As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa<sup>247</sup>.

Além disso, o descumprimento do dever do Estado diante do administrado pode se dar por *omissão*. Nesse caso, a implementação do direito depende de procedimento ativo da

---

<sup>240</sup> FAGUNDES, Miguel Seabra. **O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário**. 8ª. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p. 211.

<sup>241</sup> Entende-se *bem comum* como o “bem de todos naquilo que todos temos em comum”, que é a própria dignidade da pessoa humana. Definição de SOUZA JUNIOR, Cezar Saldanha. **A supremacia do Direito no Estado e seus modelos básicos**. Porto Alegre: [s.n.], 2002. p. 29.

<sup>242</sup> LIMA, Ruy Cirne. **Princípios de Direito Administrativo**. 7ª. ed. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 296.

<sup>243</sup> FAGUNDES, Miguel Seabra. **O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário**. 8ª. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010. pp. 217-218.

<sup>244</sup> *Ibidem*, p. 218.

<sup>245</sup> FAGUNDES, *loc. cit.*

<sup>246</sup> MIRAGEM, Bruno Nubens Barbosa. **Direito civil: responsabilidade civil**. 1ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 412.

<sup>247</sup> Art. 37, §6º, da CRFB.

Administração (de *ato administrativo*, portanto); nas hipóteses em que ela se recusa a praticá-lo, ou o pratica de forma a não satisfazer o direito, ocorre — total ou parcialmente — a violação deste<sup>248</sup>. Nesses casos, discute-se ainda a exigência ou não da culpa para imputação da responsabilidade civil do Estado<sup>249</sup>.

É nesses contextos — de violações, ao menos em tese, de direitos públicos subjetivos — que o administrado se insurge contra a Administração e requer apreciação do caso por um terceiro imparcial. Em outras palavras, surge ao administrado o interesse de submeter o caso à jurisdição<sup>250</sup>.

A jurisdição é indispensável para garantia do direito do cidadão à proteção jurídica do Estado<sup>251</sup>, já que individualiza, caso por caso, as soluções — as quais são fornecidas, anterior e genericamente, pelas leis<sup>252</sup>. O controle jurisdicional da Administração Pública não apenas faz sentido como consequência de sua característica racional e burocrática; ela é responsável por promover a *liberdade* dos cidadãos diante da intromissão do Poder Público<sup>253</sup>. E, ressalte-se, em se tratando de Estado Social, o controle jurisdicional da atividade administrativa é capaz de garantir as *prestações* devidas pela Administração.

A jurisdição é, pois, instrumento de proteção dos direitos essenciais da pessoa humana. Conforme leciona Canotilho:

Nota-se que o “direito de acesso aos tribunais” colocado em epígrafe no texto anterior da Constituição [de Portugal] foi agora substituído pelo *direito à tutela jurisdicional efetiva*. Visa-se não apenas garantir o acesso aos tribunais mas sim e principalmente possibilitar aos cidadãos a defesa dos direitos e interesses legalmente protegidos através de um acto de *jurisdictio*<sup>254</sup>.

<sup>248</sup> FAGUNDES, Miguel Seabra. **O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário**. 8ª. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p. 218.

<sup>249</sup> MIRAGEM, Bruno Nubens Barbosa. **Direito civil: responsabilidade civil**. 1ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 423.

<sup>250</sup> FAGUNDES, *loc. cit.*

<sup>251</sup> ROMANO, Santi. **Princípios de Direito Constitucional Geral**. 1ª. ed. São Paulo: Revista. dos Tribunais, 1977. p. 385.

<sup>252</sup> CAETANO, Marcello. **Manual de Ciência Política e Direito Constitucional**. 6ª. ed. Coimbra: Almedina, 2010. t. I. p. 146.

<sup>253</sup> ENTERRÍA, Eduardo García de; FERNANDEZ, Tomás-Ramón. **Curso de Derecho Administrativo**. 2ª. ed. Madri: Civitas, 1981. p. 48, *Apud* MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 30ª. ed. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 963.

<sup>254</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7ª. ed. Coimbra: Almedina, 2003. p. 433.

Nesse sentido, a Declaração Universal dos Direitos Humanos preceitua o direito de toda pessoa ao recurso *efetivo* contra os atos que violem direitos fundamentais (estes podendo ser tanto constitucionais quanto legais), perante as jurisdições competentes em seus respectivos Estados<sup>255</sup>. A obra de Canotilho permite inferir que a submissão dos atos do Estado à jurisdição, como direito fundamental que é, tem como funções: (i) defender a pessoa humana e sua dignidade perante os poderes; (ii) garantir direito a serviços públicos, a prestações do Estado; (iii) garantir que o Poder Público proteja cada pessoa em suas relações com terceiros; e (iv) promover o tratamento equitativo, a ser conferido pelo Poder Público, a todos os cidadãos<sup>256</sup>. Inexistentes os mecanismos de controle e de revisão do ato administrativo, de nada adiantaria vincular a atividade aos ditames da lei, visto que eventual descumprimento (ilegalidade, portanto) não seria passível de prevenção nem de correção<sup>257</sup>. A doutrina portuguesa, nesse aspecto, já fala num *princípio da plenitude da garantia jurisdicional administrativa*, de acordo com o qual “a qualquer ofensa de direitos ou interesses legalmente protegidos e a qualquer ilegalidade da administração deve corresponder uma forma de garantia jurisdicional adequada<sup>258</sup>”.

A função de garantia dos direitos pela jurisdição pode ser creditada, ao menos em parte, às prerrogativas da magistratura, as quais garantem independência (quanto à interferência de outros poderes políticos e de integrantes do mesmo poder): vitaliciedade, inamovibilidade e irredutibilidade de vencimentos<sup>259</sup>. Ainda, devem-se citar as garantias que mantêm a imparcialidade do juiz, tais como as proibições de exercício de certas atividades, consideradas incompatíveis com o exercício da função judicial<sup>260</sup>. Ferreira Filho ressalta que a autonomia financeira do Poder Judiciário contribui para a independência — e, portanto, para a imparcialidade. Essas garantias são cumuladas com mecanismos de revisão e de recursos e

---

<sup>255</sup> VILLEY, Michel. **O direito e os direitos humanos**. Trad. Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2007. p. 177.

<sup>256</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7<sup>a</sup>. ed. Coimbra: Almedina, 2003. pp. 407-410.

<sup>257</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 30<sup>a</sup>. ed. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 964.

<sup>258</sup> CANOTILHO, *op. cit.*, p. 505.

<sup>259</sup> MATTOS, Sérgio Luís Wetzel. (Informação oral). **Aulas de Direito Processual Civil I do Curso de Ciências Jurídicas e Sociais da Universidade Federal do Rio Grande do Sul**, 1.º semestre de 2017. No mesmo sentido, ver FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Aspectos do direito constitucional contemporâneo**. 3<sup>a</sup>. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 277.

<sup>260</sup> FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Aspectos do direito constitucional contemporâneo**. 3<sup>a</sup>. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 282.

com o duplo grau de jurisdição como garantia constitucionalizada, bem como da necessidade de fundamentação das decisões, sob pena de nulidade<sup>261</sup>.

Por outro lado (aqui a segunda característica a ser levada em conta), controlar a atividade administrativa significa avaliar e, eventualmente, corrigir uma atividade de viés muito mais *político e técnico* do que *jurídico*; essa avaliação não tem a mesma natureza do controle jurídico das decisões emanadas da primeira instância do Poder Judiciário. Os elementos que constituem o ato administrativo “são dependentes do critério político e meios técnicos peculiares ao exercício do Poder Administrativo, estranhos ao âmbito, estritamente jurídico, da apreciação jurisdicional”<sup>262</sup>. O administrador é responsável por materializar as decisões do Governo do dia — inclusive as prestações positivas do Estado —, e isso lhe impõe gestão e alocação de recursos finitos, mediante escolha de caráter científico. Tratando-se de decisão eminentemente técnica, a apreciação do mérito (por onde deve passar uma estrada, a cobrança de um tributo, quantas e quais árvores devem ser retiradas para viabilizar uma obra pública e onde deve ocorrer o respectivo reflorestamento) precisa, necessariamente, considerar os critérios técnicos convenientes que influem no resultado a ser proporcionado (e não apenas os preceitos jurídicos).

Ademais, a reapreciação da atividade administrativa tem uma ligação necessária com seu caráter vinculado à lei e com o princípio geral do interesse público. Embora, como regra, a Administração esteja vinculada ao *princípio da legalidade*<sup>263</sup>, certos atos podem se submeter a limites mais amplos e imprecisos: dada a própria natureza da atividade que exerce, não é possível que todas as situações, que todos os detalhes — em suma, que a melhor concretização do interesse público no caso concreto —, sejam sempre previsíveis e milimetricamente orientados pelo legislador<sup>264</sup>. Jellinek explica que, dentro do âmbito da atividade administrativa, há uma parcela de atividade livre e uma parcela de atividade regrada: “a administração possui, portanto, um campo de livre iniciativa, que pode ser

<sup>261</sup> Art. 93, inciso IX, da CRFB.

<sup>262</sup> FAGUNDES, Miguel Seabra. **O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário**. 8ª. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010. pp. 181-182.

<sup>263</sup> “[...] a administração está vinculada à lei e não apenas num *sentido negativo* (a administração pode fazer não apenas aquilo que a lei expressamente autorize, mas tudo aquilo que a lei não proíbe), mas num *sentido positivo*, pois a administração só pode actuar com base na lei [...]”. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7ª. ed. Coimbra: Almedina, 2003. p. 833.

<sup>264</sup> FAGUNDES, *op. cit.*, pp. 115-123.

limitado por regras jurídicas, mas cujo conteúdo não é determinável por essas regras”<sup>265</sup>. Nessa perspectiva, o limite entre a discricionariedade administrativa (conveniência e oportunidade) e a violação de direitos é tênue, especialmente considerando os direitos difusos, como aqueles relacionados ao meio ambiente sadio<sup>266</sup> — os quais não possuem titulares individualizáveis.

Dessa forma, o controle jurisdicional tem o papel de garantir que, em cada situação específica, sejam respeitadas as regras, os princípios e os valores escolhidos pelo constituinte e pelo legislador ordinário, de acordo com a técnica pertinente (ou disponível) no caso concreto. Portanto, a atividade peculiar da Administração requer que esse controle seja realizado tendo em vista, simultaneamente, as informações técnicas e científicas relevantes, as determinações da lei, a escassez de recursos, o interesse público (aí incluídos os direitos difusos) e as garantias individuais. Quando as decisões políticas e técnicas são tomadas por órgãos de natureza jurídica, obtemos como resultado decisões políticas tomadas por critérios jurídicos, resultando no já analisado ativismo judicial<sup>267</sup>.

De fato, o controle jurisdicional da Administração Pública, refeito pelo Poder Judiciário após o trâmite administrativo, tem constituído um entrave tanto ao funcionamento da Administração quanto à liberdade individual dos administrados. Dificulta-se a estabilidade das relações jurídicas, visto que elas podem estar “sucessivamente, à mercê das mesmas impugnações pelos elementos do corpo social” e isso torna “intermináveis as situações contenciosas”<sup>268</sup>. Manoel Gonçalves Ferreira Filho, referindo-se à inafastabilidade do controle judicial (e não simplesmente jurisdicional) do ato administrativo, sustenta que

[...] esse entendimento é ousado. A doutrina francesa não aceita que mesmo para defender direitos individuais se quebre a independência recíproca dos Poderes. É isto que justifica o contencioso administrativo [...] para apreciação dos atos [...] que contradigam o direito em prejuízo dos governados<sup>269</sup>.

<sup>265</sup> “[...] la administración posee, por tanto, un campo de libre iniciativa, que puede ser limitado por reglas jurídicas, pero cuyo contenido no es determinable por estas reglas”. JELLINEK, Georg. **Teoría General del Estado**. Buenos Aires: Albatros, 1970. p. 468 (tradução nossa).

<sup>266</sup> “Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações” (art. 225, *caput*, da CRFB).

<sup>267</sup> REVERBEL, Carlos Eduardo Dieder. Ativismo judicial e Estado de Direito. **Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM**, Santa Maria, v. 4, n. 1, 2009. DOI : 10.5902/19813694.

<sup>268</sup> FAGUNDES, Miguel Seabra. **O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário**. 8ª. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010. pp. 104-105.

<sup>269</sup> FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Aspectos do direito constitucional contemporâneo**. 3ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 208. O autor continua: “O que não significa estejam mal protegidos os direitos dos franceses. De fato, o Conselho de Estado tem sido mais eficiente no controle da administração que muitos

Ademais, a resolução das questões administrativas pelo Poder Judiciário, como já demonstrado neste trabalho, tende a tratar de questões que devem ser resolvidas por aqueles que têm as informações técnicas e o conhecimento da situação real dos cofres públicos e das possibilidades concretas de satisfazer demandas do administrado. Quando o juiz ordinário — portador do conhecimento jurídico, mas não da técnica e da gestão — é provocado a se manifestar sobre controvérsia administrativa, arrisca-se a imposição de ações ou de omissões que contrariam o interesse público tal como avaliado pela Administração, como nas “liminares que paralisam obras, ou as condicionam, que adiam medidas ou providências”<sup>270</sup>. No fim, o juiz acaba se tornando um administrador por meios jurídicos<sup>271</sup>, resolvendo conflitos que envolvem decisões de outras áreas do conhecimento além da jurídica<sup>272</sup>. A constatação de Ferreira Filho sobre o tema é pertinente e esclarecedora; portanto, transcrevemos:

[...] o magistrado, no fundo, é livre para seguir a sua cosmovisão no sopesar o próprio mérito do ato. É ele que fixa, a seu talante, o critério de legitimidade. Por isso, num mesmo caso, para um prima o desenvolvimento econômico; para outro, a proteção ao meio ambiente; para um terceiro, o interesse dos indígenas, e assim por diante.

.....  
E consequência dessa atitude é o administrador ser ainda condenado a indenizar prejuízos que derivam somente do fato de que sua opção não foi a que o Judiciário adotou depois, afora as custas...<sup>273</sup>

Considerando (i) a necessidade de proteger os direitos individuais contra a intervenção do Estado-administrador; e (ii) as peculiaridades da Administração, constatamos que, por um lado, a decisão administrativa possui uma natureza distinta da atividade jurídica de aplicação do direito ao caso concreto, e, por outro, o filtro da intervenção do Estado-administrador na esfera individual permanece não apenas fundamental mas objeto de contínuo aperfeiçoamento. Aliás, não é por acaso que as primeiras declarações constitucionais de

---

tribunais. E até inventivo, como demonstram as doutrinas que desenvolveu para tanto, por exemplo, a do abuso ou desvio de poder” (FERREIRA FILHO, *loc. cit.*).

<sup>270</sup> FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Aspectos do direito constitucional contemporâneo**. 3ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 226.

<sup>271</sup> Trata-se da *justicialização da política*, a qual “tem como contrapartida inexorável a politização da justiça”. *Ibidem*, p. 229-233.

<sup>272</sup> REVERBEL, Carlos Eduardo Dieder. Ativismo judicial e Estado de Direito. **Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM**, Santa Maria, v. 4, n. 1, 2009. DOI : 10.5902/19813694.

<sup>273</sup> FERREIRA FILHO, *op. cit.*, p. 226.

direitos criam mecanismos defensivos contra a intromissão do Poder Executivo (incluindo, aqui, a Administração Pública, que à época das revoluções liberais não era imaginada como um poder autônomo): este possui uma tendência maior de violar as liberdades individuais<sup>274</sup>. É necessário, pois, *conciliar* a manutenção do caráter técnico-científico da implementação das políticas públicas com a proteção jurisdicional da liberdade e dos direitos da pessoa humana.

É *possível* conjugar o controle jurisdicional efetivo e imparcial dos atos da Administração — e seu papel fundamental no exercício dos direitos — com uma resolução mais racional e célere dos conflitos entre administrador e administrado<sup>275</sup>. Nesse sentido, Reverbel sustenta que “Sendo a Administração técnica, apartidária, independente e soberana, suas decisões devem ser terminativas”<sup>276</sup>.

De fato, a existência de uma organização jurisdicional *especializada* em litígios administrativos e *separada* da jurisdição judicial é um dos recursos essenciais do sistema francês de organização institucional<sup>277</sup>: a ação da Administração não deve ser submetida a julgamento por tribunais judiciais<sup>278</sup>, pois se parte do pressuposto de que

[...] julgar a Administração também é administrar, é interferir nas funções do administrador, é interferir nas funções da autoridade, aquelas em que se manifestam as prerrogativas do poder público, exercidas em nome do interesse geral<sup>279</sup>.

No caso, a justiça administrativa está organicamente ligada ao Poder Executivo — haja vista não haver uma Administração Pública como poder independente no sistema institucional francês<sup>280</sup>. Esse sistema é conhecido como *jurisdição dupla*.

Jean Rivero ressalta que as instituições responsáveis pelo contencioso administrativo são, ao mesmo tempo, jurisdicionais e administrativas; *jurisdicionais* porque são responsáveis por dizer o direito nos casos concretos e *administrativas* por possuírem independência em

<sup>274</sup> LIMA, Ruy Cirne. **Princípios de Direito Administrativo**. 7ª. ed. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 298.

<sup>275</sup> “[...] ao demandante de uma protecção jurídica deve ser reconhecida a possibilidade de, em tempo útil (‘adequação temporal’, ‘justiça temporalmente adequada’), obter uma sentença executória com força de caso julgado”. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7ª. ed. Coimbra: Almedina, 2003. p. 652.

<sup>276</sup> REVERBEL, Carlos Eduardo Dieder. **Reforma política e eleições: retrospecto, diagnóstico e alternativas para o Brasil**. 1ª. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018. p. 71.

<sup>277</sup> RIVERO, Jean. **Droit Administratif**. 3ª. ed. Paris: Dalloz, 1965. p. 117.

<sup>278</sup> CHAPUS, René. **Droit administratif général**. 5ª. ed. Paris: Montchrestien, 1990. t. I. p. 526.

<sup>279</sup> MORAND-DEVILLER, Jacqueline. **Cours de Droit Administratif**. 2ª. ed. Paris: Montchrestien, 1991. p. 14.

<sup>280</sup> FRANÇA. Constituição (1958). **Constitution de la République Française**. Disponível em: <http://www.assemblee-nationale.fr/connaissance/constitution.asp>. Acessado em: 5 jun. 2019.

relação à hierarquia do Poder Judiciário<sup>281</sup>. O direito administrativo francês, nesse contexto, segrega a função ativa da função jurisdicional (*séparation entre la fonction active et la fonction juridictionnelle*); nesta última, seus agentes são especializados para a atividade de julgamento<sup>282</sup>. Não há que se falar, portanto, em sistema de *administrador-juiz*, o qual certamente viola a imparcialidade<sup>283</sup>; no ordenamento jurídico francês,

Teoricamente continua a dizer-se que os tribunais administrativos e o Conselho de Estado (que, além das secções de contencioso, possui as secções consultivas) são órgãos da Administração, constituem a sua “consciência”, são “a Administração que se julga a si própria”. Na realidade eles formam uma hierarquia de tribunais de competência especializada, distinta e independente do Poder Judiciário, mas com as mesmas garantias deste<sup>284</sup>.

Na França, o reconhecimento constitucional da independência dos órgãos jurisdicionais administrativos ocorreu com a decisão 80-119, de 1980, prolatada pelo Tribunal Constitucional francês (*Conseil Constitutionnel* — em tradução literal, Conselho Constitucional):

Considerando o que resulta das disposições do artigo 64 da Constituição no que concerne à autoridade judicial e aos princípios fundamentais reconhecidos pelas leis da República no que concerne, desde a lei de 24 de maio de 1872, à jurisdição administrativa, que a independência das jurisdições é garantida assim como o caráter específico de suas funções, as quais não podem invadir, nem o legislador nem o Governo; assim, não cabe ao legislador nem ao Governo censurar as decisões das jurisdições, endereçar-lhes liminares se substituir a eles nos julgamentos dos litígios relevantes de sua competência<sup>285</sup>.

<sup>281</sup> “[...] organisation *juridictionnelle* [...] qui remplissent la fonction normale de tout juge: dire le droit à l’occasion des litiges qui lui sont soumis. Mais juridictions *administratives*: du point de vue de leur structure, elles possèdent une hiérarchie propre [...]”. RIVERO, Jean. **Droit Administratif**. 3<sup>a</sup>. ed. Paris: Dalloz, 1965. p. 117.

<sup>282</sup> *Ibidem*, p. 120.

<sup>283</sup> Visto que eventual insurgência do particular seria enviada à mesma autoridade que tamara anteriormente a decisão (*Ibidem*, p. 119). Esse sistema não seria apenas contrário à equidade como também contrário ao senso de justiça, já que o administrador é juiz e parte em suas próprias causas (CHAPUS, René. **Droit administratif général**. 5<sup>a</sup>. ed. Paris: Montchrestien, 1990. t. I. p. 510).

<sup>284</sup> CAETANO, Marcello. **Princípios fundamentais do direito administrativo**. Rio de Janeiro: Forense, 1977. p. 488.

<sup>285</sup> “6. Considérant qu’il résulte des dispositions de l’article 64 de la Constitution en ce qui concerne l’autorité judiciaire et des principes fondamentaux reconnus par les lois de la République en ce qui concerne, depuis la loi du 24 mai 1872, la juridiction administrative, que l’indépendance des juridictions est garantie ainsi que le caractère spécifique de leurs fonctions sur lesquelles ne peuvent empiéter ni le législateur ni le Gouvernement ; qu’ainsi, il n’appartient ni au législateur ni au Gouvernement de censurer les décisions des juridictions, d’adresser à celles-ci des injonctions et de se substituer à elles dans le jugement des litiges relevant de leur compétence”. FRANÇA. Conselho Constitucional. Décision 80-119. Paris, 22 jul. 1980. Disponível em: <https://www.conseil-constitutionnel.fr/decision/1980/80119DC.htm>. Acessado em: 09 out. 2019 (tradução nossa).

Recentemente, a Corte Europeia de Direitos Humanos entendeu que o funcionamento da justiça administrativa francesa não é, em si, contrária aos direitos fundamentais processuais. Na decisão, a Corte afirmou que não há violação do Artigo 6 §1 da Convenção, o qual dispõe que “todos têm direito a uma audiência justa e pública dentro de um prazo razoável por um tribunal independente e imparcial estabelecido pela lei”<sup>286</sup>:

A Corte observa que o *status* particular do Conselho de Estado entre as instituições francesas o conecta organicamente ao Executivo. No entanto, a opinião é que essa situação não é suficiente para justificar o argumento de que o Conselho de Estado carece de independência. Como a Corte já verificou no julgamento *Kress*, para outras finalidades, a natureza específica dessa instituição não exclui a existência de garantias visando à independência dos seus membros<sup>287</sup>.

Assim como o Brasil, a França, conforme explica Cezar Saldanha Souza Junior, “não conheceu a sociedade individualista anterior ao Estado. A construção deste, o desenvolvimento da sociedade moderna e a institucionalização liberal se fizeram por meio de saltos”<sup>288</sup>. Assim sendo, a atividade do Estado, mediante as funções *de governo*, foi determinante para as transformações sociais realizadas<sup>289</sup>, de modo que o sistema administrativo se revelou atuante e gerador de conflitos pendentes de resolução. Nas unidades políticas ocidentais apartadas da tradição inglesa,

[...] a construção do Estado, em bases acentuadamente voluntaristas, antecipou-se à criação da sociedade nacional, ao desenvolvimento capitalista, à sociedade de classes e à institucionalização político-democrática. O Estado, desfrutando de autonomia face às forças sociais, interveio na “*queima de etapas*” necessária para introduzir a revolução industrial, tendo presidido, sob sua égide, a formação da sociedade de classes<sup>290</sup>.

<sup>286</sup> “everyone is entitled to a fair and public hearing within a reasonable time by an independent and impartial tribunal established by law [...]”. UNIÃO EUROPEIA. **Convenção Europeia de Direitos Humanos**. 1953. Disponível em: [https://www.echr.coe.int/Documents/Convention\\_ENG.pdf](https://www.echr.coe.int/Documents/Convention_ENG.pdf). Acessado em: 23 out. 2019 (tradução nossa).

<sup>287</sup> “66. The Court notes that the particular status of the *Conseil d'Etat* among French institutions connects it organically to the executive. However, it is of the opinion that this situation is not sufficient to justify the argument that the *Conseil d'Etat* lacks independence. As the Court has already found in the *Kress* judgment, for other purposes, the specific nature of this institution does not preclude the existence of guarantees as to its members' independence (ibid., §§ 31-37 and 71)”. UNIÃO EUROPEIA. Corte Europeia de Direitos Humanos. Application no. 65411/01. Case of *Sacilor Lormines v. France*. Disponível em: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-77947>. Acessado em 11 out. 2019 (tradução nossa).

<sup>288</sup> SOUZA JÚNIOR, Cezar Saldanha. **Consenso e tipos de Estado no Ocidente**. 1ª. ed. Porto Alegre: Sagra Luzzatto, 2002. pp. 32-33.

<sup>289</sup> *Ibidem*, p. 33.

<sup>290</sup> SOUZA JÚNIOR, *loc. cit.*

Por outro lado, verifica-se o sistema jurisdicional inglês, conhecido como *jurisdição una*. É o adotado no Brasil, considerando o disposto na Constituição<sup>291</sup> e na Súmula 473 do Supremo Tribunal Federal<sup>292</sup>. No entanto, no Reino Unido essa unicidade de jurisdição é ainda mais radical: desconhecem-se justiças especializadas, assim como não se consagram julgadores competentes em determinadas matérias, como civil e penal<sup>293</sup>.

Por sinal, a língua inglesa não possui em seu vocabulário jurídico qualquer expressão equivalente ao português *direito administrativo* (ou, do francês, *droit administratif*). Mesmo a tradução literal, *administrative law*, é desconhecida e soa abstrata ao jurista da *common law*, por falta de correspondência do termo com a realidade em que opera o direito:

Para o termo *droit administratif*, a fraseologia jurídica inglesa não fornece nenhum equivalente adequado. As palavras "administrative law", as quais são sua tradução mais natural, são desconhecidas para os juizes e advogados ingleses, e são elas mesmas dificilmente inteligíveis sem maiores explicações. Esta ausência em nosso idioma de qualquer equivalente satisfatório para a expressão *droit administratif* é significativa; a falta de um nome surge, no fundo, do nosso não reconhecimento da coisa em si. Na Inglaterra, e em países que, como os Estados Unidos, derivam sua civilização de fontes inglesas, o sistema de direito administrativo e os próprios princípios em que ele se fundamenta são, na verdade, desconhecidos<sup>294</sup>.

Nesse contexto, o inglês Albert Venn Dicey, ao menos no início de sua exposição sobre o direito administrativo da Europa continental, mantém a expressão francesa *droit administratif*, chegando a citar *administrative law* entre aspas<sup>295</sup>.

Por razões *práticas e ideológicas*, a tradição inglesa não desenvolveu um sistema específico de resolução de conflitos envolvendo o Poder Público. Primeiramente, o sistema de

<sup>291</sup> O artigo 5º, inciso XXXV, da CRFB, dispõe que "a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito".

<sup>292</sup> O enunciado da Súmula afirma que "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".

<sup>293</sup> ODY, Lisiane Feiten Wingert. (Informação oral). **Aulas de Direito Comparado do Curso de Ciências Jurídicas e Sociais da Universidade Federal do Rio Grande do Sul**, 2.º semestre de 2019.

<sup>294</sup> "For the term *droit administratif* English legal phraseology supplies no proper equivalent. The words 'administrative law,' which are its most natural rendering, are unknown to English judges and counsel, and are in themselves hardly intelligible without further explanation. This absence from our language of any satisfactory equivalent for the expression *droit administratif* is significant ; the want of a name arises at bottom from our non-recognition of the thing itself. In England, and in countries which, like the United States, derive their civilisation from English sources, the system of administrative law and the very principles on which it rests are in truth unknown". DICEY, Albert Venn. **Introduction to the study of the Law of the Constitution**. 8th. ed. London: Macmillan, 1927. p. 326 (tradução nossa).

<sup>295</sup> *Ibidem*, pp. 324-328.

jurisdição una, que encontra sua expressão clássica no *common law*, está atrelado à história inglesa do Estado Liberal Clássico — um Estado que é posterior à sociedade organizada e produtora de riquezas<sup>296</sup> e que é concebido, em princípio, para permanecer tão ausente quanto possível das atividades econômicas e sociais<sup>297</sup>. A longa tradição de repulsa às políticas públicas e às funções “de governo”, bem como a existência de uma sociedade apta a se desenvolver por si mesma, fez com que a evolução desse sistema ocorresse de forma diversa<sup>298</sup>, uma vez que desprovido de Administração ativa e geradora significativos de conflitos de interesse.

Por outro lado, a concepção formal de igualdade, típica do liberalismo clássico já reinante na Inglaterra de modo orgânico, bem como a consequente rejeição aos privilégios e tratamentos distintos destinados a promover a igualdade material, constitui-se como base ideológica propícia para a jurisdição una, especialmente tendo em vista o princípio *una lex, una jurisdictio*<sup>299</sup>: independentemente das diferenças reais, todos são tratados de forma idêntica e submetidos aos mesmos tribunais. Embora o Estado Liberal Clássico não mais exista em seu modelo puro<sup>300</sup>, a concepção formal (e não material) de igualdade<sup>301</sup> e a tradição de bloqueio à intervenção do Estado na autonomia privada, bem como a relativa resistência histórica aos moldes do Estado Social, permitem que o mecanismo de jurisdição una permaneça razoavelmente funcional no século XXI.

A despeito disso, no início do século XX, com a substituição do pensamento liberal pela inspiração socialista e o consequente aumento da atividade administrativa, as estruturas da *common law* se revelaram ineficazes para solucionar certos conflitos — notadamente, aqueles que se davam entre administrador e administrado, de maneira que

---

<sup>296</sup> SOUZA JÚNIOR, Cezar Saldanha. **Consenso e tipos de Estado no Ocidente**. 1ª. ed. Porto Alegre: Sagra Luzzatto, 2002. p. 32.

<sup>297</sup> *Ibidem*, p. 36.

<sup>298</sup> *Ibidem*, pp. 36-37.

<sup>299</sup> CRETELLA JÚNIOR, J. Conflito de atribuições no direito administrativo. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**, v. 80, p. 17-33, 1 jan. 1985.

<sup>300</sup> REVERBEL, Carlos Eduardo Dieder. (Informação oral). **Aulas de Política e Teoria do Estado do Curso de Ciências Jurídicas e Sociais da Universidade Federal do Rio Grande do Sul**, 1.º semestre de 2019.

<sup>301</sup> Enquanto a igualdade formal tende a igualar a todos a despeito de suas diferenças essenciais, a igualdade material permite a distinção na prática, desde que fundamentada em critérios objetivos e racionais, a fim de que todos tenham os meios de que necessitam que se alcance o fim desejado pela diferenciação. Manoel Gonçalves Ferreira Filho explica que “Na verdade, o tratamento desigual dos casos desiguais, *na medida em que se desigualam*, é exigência do próprio conceito de Justiça”. FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de direito constitucional**. 40ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 313.

Ao lado dos tribunais que forjaram a *common law*, foram criados múltiplos organismos para solucionar as contestações causadas pelas novas leis, porque pensou-se que não somente os tribunais tradicionais ficariam congestionados se devessem julgar este novo contencioso, mas também que não estavam preparados para realizar esta tarefa de maneira desejável<sup>302</sup>.

Apesar das transformações sociais, subsiste, todavia, “um substrato ideológico palpável para a consagração da classificação dos sistemas jurídicos ocidentais em duas grandes famílias, respectivamente, a do *common law* e a da tradição romano-germânica”<sup>303</sup>. Se o desenvolvimento histórico do sistema inglês é peculiar, a tradição *continental* da civilização ocidental não compartilha de todo o *consensus* presente na sociedade de *common law*<sup>304</sup>; e é na tradição romano-germânica que o Brasil fundou suas concepções jurídicas, como consequência natural de ter sido parte do Reino de Portugal<sup>305</sup>. A respeito disso, René David sustenta que, à medida que o direito foi sendo estruturado nos países recém-descobertos do continente americano, os códigos foram redigidos “à imagem e semelhança dos códigos europeus”<sup>306</sup> — ressalte-se que a mera existência de codificação remete à família romano-germânica de direito.

No sistema inglês de controle do ato administrativo, denominado por Marcello Caetano *judicialismo perfeito*<sup>307</sup>, os administradores públicos ficam “dependentes a todo momento da apreciação da juridicidade dos seus atos pelos tribunais que [...] podem emitir ordens ou mandados que os órgãos da Administração são forçados a acatar”<sup>308</sup>. Portanto, da

---

<sup>302</sup> DAVID, René. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo**. Trad. Hermínio A. Carvalho. 4ª. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002. pp. 378-379.

<sup>303</sup> As distinções entre as duas famílias básicas da civilização ocidental são mais profundas do que tendemos a crer; essa é a explicação de Souza Junior, que, pela clareza, transcrevemos: “a diferenciação entre os sistemas do *common law* e os sistemas romano-germânicos não se cinge a meras especificidades jurídico-formais, como, por exemplo, a estrutura normativa do ordenamento. Há peculiaridades profundas, impressas no caráter das relações entre as forças sociais e das relações entre a sociedade e o Estado, que condicionam as diferenças propriamente jurídicas entre os sistemas. Eis tudo: a diferença entre as duas famílias, antes de ser jurídica, é sociológica! [...] Por isso, a diferenciação sociológica entre as famílias de direito não pode ser plenamente apreendida sem olhar-se também para a formação e a evolução de cada uma delas na história da civilização”. SOUZA JUNIOR, Cezar Saldanha. **A supremacia do Direito no Estado e seus modelos básicos**. Porto Alegre: [s.n.], 2002. pp. 75-76.

<sup>304</sup> *Idem*. **Consenso e tipos de Estado no Ocidente**. 1ª. ed. Porto Alegre: Sagra Luzzatto, 2002. pp. 32-34.

<sup>305</sup> DAVID, René. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo**. Trad. Hermínio A. Carvalho. 4ª. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 77.

<sup>306</sup> DAVID, *loc. cit.*

<sup>307</sup> CAETANO, Marcello. **Princípios fundamentais do direito administrativo**. Rio de Janeiro: Forense, 1977. p. 484.

<sup>308</sup> CAETANO, *loc. cit.* Prossegue o referido autor: “[...] no sistema judicialista perfeito, os órgãos administrativos não gozam de independência na autoridade que possuem para interpretar e aplicar as leis. Acima deles, como se fossem superiores hierárquicos no uso de poderes de superintendência, estão os tribunais judiciais de quem, portanto, esses órgãos dependem” (CAETANO, *loc. cit.*).

mesma forma que, como já demonstrado, o presidencialismo norte-americano é inadequado à formação e à tradição do Estado brasileiro, o arranjo inglês de jurisdição — além de desconexo com nossa formação sociológica e tradição jurídico-institucional — não faz sentido com o Estado Social (dotado de uma Administração atuante e, portanto, geradora de conflitos) que, segundo a Constituição da República Federativa do Brasil<sup>309</sup>, queremos ser. Conselheiro Ribas, interessante notar, já advertia que “todo o poder em desacordo com as condições da vida nacional baqueia por si mesmo”<sup>310</sup>.

Por fim, o sistema misto<sup>311</sup>, adotado na Alemanha, possui uma jurisdição específica para resolução de litígios de natureza administrativa<sup>312</sup>. Todavia, essa hierarquia de tribunais faz parte do Poder Judiciário e atua como *justiça especializada*, tal como funcionam, no Brasil, a Justiça do Trabalho e a Justiça Militar.

O âmbito de controle das cortes administrativas alemãs é mais amplo se comparado com o caso inglês — e isso tem sido objeto de críticas: “a ideia dos freios e contrapesos em sua forma atual é claramente aplicada em favor do judiciário”<sup>313</sup>. Em outras palavras, tem-se destacado, em suma, certa prevalência do juiz sobre o administrador. Ademais, a Justiça Administrativa, mesmo a alemã, não possui, como regra geral, julgadores dotados de experiência com a Administração Pública, tal como explica Martina Künnecke, referindo-se às cortes administrativas da Alemanha:

Os juízes são recrutados dentre todos os candidatos que passaram no segundo exame estatal e, portanto, são automaticamente elegíveis para qualquer cargo no judiciário. Nenhuma especialização em direito administrativo é requerida. No entanto, antes de fazer o segundo exame estadual, os advogados alemães treinam no serviço público e algum treinamento geral (até seis meses) na administração é fornecido. No entanto, isso não é muito, então a maioria dos juízes do Tribunal Administrativo têm pouca

---

<sup>309</sup> Além de permeada de direitos sociais, a Constituição de 1988 afirma, em seu preâmbulo, que institui “um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais [...]”. BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília: Presidência da República, 2016. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acessado em: 15 out. 2019.

<sup>310</sup> RIBAS, Antonio Joaquim. **Direito administrativo brasileiro: noções preliminares**. 1ª. ed. Rio de Janeiro: F. L. Pinto & C, 1866. p. 44.

<sup>311</sup> Marcello Caetano não reconhece o sistema misto como terceira espécie de controle jurisdicional do ato administrativo. O autor fala em sistema judicialista, abarcando o sistema inglês e o alemão, e sistema administrativo, tal como o francês. Em **Princípios fundamentais do direito administrativo**. Rio de Janeiro: Forense, 1977. p. 483.

<sup>312</sup> KÜNNECKE, Martina. **Tradition and Change in Administrative Law: an Anglo-German comparison**. [S.l.]: Springer, 2007. *passim*.

<sup>313</sup> “The idea of checks and balances in its present form is clearly applied in favour of the judiciary” *Ibidem*, p. 30 (tradução nossa).

experiência na administração. Pode-se argumentar que eles são altamente qualificados, mas às vezes talvez muito teóricos e dogmáticos em sua abordagem<sup>314</sup>.

A complexidade dos serviços públicos do Estado Social contemporâneo exige conhecimento especializado, inclusive extrajurídicos (conhecimentos em áreas como medicina, contabilidade, engenharia e assistência social). Simultaneamente, é necessário conhecer a gestão pública como atividade<sup>315</sup> (e esse conhecimento não necessariamente se encontra em peritos judiciais). Tornam-se necessárias, desse modo, pessoas habituadas à prática administrativa, isto é, àquilo que Marcello Caetano denomina *função técnica*, como espécie de função *não jurídica* do Estado: a “actividade dos agentes do Estado cujo objecto directo e imediato consiste na produção de bens ou na prestação de serviços destinados à satisfação de necessidades colectivas de carácter material ou cultural”<sup>316</sup>.

Nessa ordem de ideias, o contencioso administrativo dotado da possibilidade de decisão terminativa no âmbito da própria Administração faz mais sentido com os fins do Estado Social, visto que possibilitaria a tomada de decisões (em todas as instâncias) por uma verdadeira *burocracia*, que conhece, de perto, a realidade do serviço público. Nessa lógica, a própria Administração consegue avaliar não apenas a legalidade mas também o próprio mérito, quando impugnado pelo administrado; ela poderá, inclusive, verificar se sua decisão anterior realmente está de acordo com o interesse público, com a oportunidade, com a conveniência e com os recursos e conhecimentos disponíveis.

Todavia, os quadros julgadores da Administração precisam ser formados por funcionários “rodeados das garantias legais que assegurem a independência e imparcialidade dos julgamentos”<sup>317</sup>, visto que

---

<sup>314</sup> “Judges are recruited from amongst all applicants who have passed their second state exam and therefore are automatically eligible for any position in the judiciary. No special expertise in administrative law is required. However, before taking the second state exam, German lawyers train within the civil service and some general training (up to six months) within the administration is provided. However, this is not very much so most Administrative Court judges have little experience within the administration. It can be argued that they are highly qualified but maybe sometimes too theoretical and dogmatic in their approach”. KÜNNECKE, Martina. **Tradition and Change in Administrative Law: an Anglo-German comparison**. [S.l.]: Springer, 2007. p. 30 (tradução nossa).

<sup>315</sup> Sobre a jurisdição administrativa francesa, leciona René Chapus: “Ces juridictions vont assurer le règlement du contentieux administratif sur la base de règles différentes de celles du droit privé at adaptées à la spécialité des activités de puissance publique”. Ver **Droit administratif général**. 5ª. ed. Paris: Montchrestien, 1990. t. I. p. 2.

<sup>316</sup> CAETANO, Marcello. **Manual de Ciência Política e Direito Constitucional**. 6ª. ed. Coimbra: Almedina, 2010. t. I. p. 174.

<sup>317</sup> *Idem*. **Princípios fundamentais do direito administrativo**. Rio de Janeiro: Forense, 1977. p. 482. Do mesmo autor: “As operações intelectuais destinadas a descobrir qual dos interesses em conflito é juridicamente

A partir das garantias de sua posição juridicamente protegida, o funcionário de carreira, de cargo vitalício ou por tempo maior e que não pode ser destituído ou demitido à discricção, é retirado do conflito dos antagonismos econômicos e sociais. Ele se torna ‘independente’ e, por isso, está em condições de ser neutro e imparcial [...]”<sup>318</sup>.

O Império brasileiro conheceu uma justiça administrativa incipiente, a despeito de todas as limitações existentes à época. Tendo em vista a eclosão de revoltas e de movimentos separatistas, diante da autonomia conferida às províncias (descentralização político-administrativa e novas autonomias administrativas<sup>319</sup>) pela política liberal inspirada no *self government* norte-americano, foi reforçado o poder central mediante uma série de medidas conhecidas como *regresso conservador*. Uma das mudanças mais importantes foi a instituição do Conselho de Estado, o qual fora extinto pelo Ato Adicional de 1834<sup>320</sup>. Com o Regresso, o Conselho voltou ao rol das instituições juspolíticas com contornos diferentes: além da assessoria ao Poder Moderador<sup>321</sup> (tarefa que realizava antes de sua extinção),

---

protegido, a fim de proceder a justa aplicação do direito, exigem a perfeita *imparcialidade* do órgão em questão, não devendo ele estar interessado no conflito” (**Manual de Direito Administrativo**. 1ª. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1970. t. I. p. 12).

<sup>318</sup> SCHMITT, Carl. **O Guardiã da Constituição**. Trad. Geraldo de Carvalho. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. p. 223. Acrescenta o autor: “Na verdade, o anseio não é tanto por uma instância judicial, mas por uma independente e neutra [...]” (*Ibidem*, p. 225).

<sup>319</sup> João Camilo de Oliveira Torres ensina que “durante a Regência far-se-ia a única reforma da Constituição do Império, para dar-lhe um sentido ‘federal’, criando-se as assembleias de província, com amplas atribuições”. Sobre esse período, pode-se ler em OLIVEIRA TORRES, João Camilo de. **História do Império**. Rio de Janeiro: Record, 1963. p. 43.

<sup>320</sup> *Idem*. **Os Construtores do Império: ideias e lutas do Partido Conservador brasileiro**. São Paulo: Companhia Editorial Nacional, 1968. p. 51.

<sup>321</sup> “O governo conservador [...] reformou as leis do Império, a fim de criar uma autoridade estável e sólida, assim como dar ao Imperador um Conselho de Estado que ouvisse para sua melhor orientação. [...] O Conselho de Estado foi uma instituição magnífica — 12 senhores, de larga experiência e cultura sólida, tirados de todos os partidos, aos quais o Imperador ouvia antes de qualquer providência importante. Eles falavam com a maior franqueza e seus pareceres eram, como se diz, luminosos. No Brasil, nenhum título mais honroso do que o de Conselheiro. O próprio Rui Barbosa, que era conselheiro honorário, fazia questão de ser chamado de conselheiro e, não, de senador”. *Idem*. **História do Império**. Rio de Janeiro: Record, 1963, p. 52.

delegou-se a ele o contencioso administrativo<sup>322</sup>, em evidente aproximação com a tradição francesa<sup>323</sup>. Disserta Pimenta Bueno:

Além de necessária como guia e auxiliar, esta instituição é de mais indispensável, como julgador do contencioso da administração, julgador que de um lado resguarde a independência do poder administrativo, mas que de outro segure o direito das partes com inteira imparcialidade e exata justiça<sup>324</sup>.

Dessa forma, a manutenção da unidade nacional esteve relacionada com a retomada da tradição de jurisdição dúplice, existente, de forma embrionária, antes mesmo da Constituição de 1824<sup>325</sup>. O Conselho ganhou a *competência administrativa*, podendo controlar atos dos administradores e a constitucionalidade das leis provinciais diante da competência legislativa conferida ao poder local. Logo, era apto a frear eventuais abusos que poderiam resultar em

---

<sup>322</sup> “A lei previa amplas e importantes atribuições ao Conselho de Estado, tornando-o não somente o centro diretor da política nacional como o mais elevado tribunal administrativo do Império”. *Idem*. **A democracia coroada**: teoria política do Império do Brasil. 2ª. ed. Petrópolis: Vozes, 1964. p. 166. Com entendimento similar: “À semelhança da instituição francesa, o Conselho de Estado brasileiro funcionava como Supremo Tribunal Administrativo, julgando causas em grau de apelação ou última instância, embora a questão suscite controvérsia” (FLORES, Alfredo de Jesus dal Molin; PETERSEN, Raphael de Barros. Os sistemas administrativos, do Império à Primeira República: os modelos de controle de atos administrativos no Brasil independente. **Revista Brasileira de História do Direito**, Porto Alegre, v. 4, pp. 75-92, jul/dez. 2018).

<sup>323</sup> Na França, é bem conhecido na doutrina o princípio de que “julgar a administração ainda é administrar” (*juger l'administration, c'est encore administrer*). Ver, por exemplo, CHAPUS. René. **Droit administratif général**. 5ª. ed. Paris: Montchrestien, 1990. t. I. p. 526. Além disso, ainda vigora entre os franceses a lei pós-revolucionária, de 1790, que considera violação à separação entre Poder Executivo e Poder Judiciário qualquer intromissão deste último no ato administrativo, dispondo que: (a) as funções judiciárias devem permanecer sempre apartadas das funções administrativas; e (b) que os juízes incorrem em crime funcional caso violem esta garantia. Sobre isso, ainda, ensina MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 30ª. ed. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 40.

<sup>324</sup> Além disso, Pimenta Bueno asseverou a importância do serviço do Conselho de Estado: “O poder moderador tem em suas mãos a chave de toda a organização política, o nível do equilíbrio e harmonia dos demais poderes, e altas e enérgicas atribuições, para que possa desempenhar tão elevada missão. [...] tem atribuições políticas de imenso alcance, em que precisa antever tudo, dominar o futuro, até as eventualidades e contingências. Tem atribuições administrativas de sumo valor [...]. Em tudo o poder executivo precisa de luzes variadas, de conselhos sábios e independentes, que esclareçam sua resolução e a sua marcha, que facilitem todo o acerto e exatidão. O conselho de Estado ministra grande coadjuvação nos assuntos da política e da administração [...]”. Tal instituição opera, de acordo com o autor, “em benefício da uniformidade na inteligência e aplicação das leis administrativas, pois que a esse respeito ó como que o supremo tribunal dessa classe de leis. É enfim o julgador dos conflitos de atribuições, serviço importantíssimo, pois que destina-se a evitar a confusão dos poderes políticos”. Frise-se que, no embate entre defensores da existência do Conselho de Estado e contrários a ela, o renomado jurista do Império era declaradamente partidário do primeiro grupo: “Por qualquer face que se encare pode talvez a asseverar-se que é preciso não conhecer bem esta instituição [o Conselho de Estado] para pronunciar um voto por sua supressão”. PIMENTA BUENO, José Antonio. **Direito Público Brasileiro e Análise da Constituição do Império**. Rio de Janeiro: Typographia Imp. E. Const. de J. Villaneuve EC., 1857. pp. 286-287.

<sup>325</sup> GUALAZZI, Eduardo Lobo Botelho. **Justiça Administrativa**. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1986. p. 137.

desagregação do Império<sup>326</sup> (evitando a repetição do fenômeno ocorrido na América espanhola).

Sobre o tema, Oliveira Torres afirmou que o Conselho de Estado era “o centro da política imperial, a grande e genial criação dos homens que organizaram o Império”<sup>327</sup>, já que os conselheiros eram dotados de vitaliciedade e eram nomeados entre pessoas com ampla experiência<sup>328</sup>. Segundo ele, “o resultado é que a ‘carta de conselho’ era um verdadeiro diploma de doutor em ciências políticas e administrativas”<sup>329</sup>.

Desse ponto de vista (histórico), também faria mais sentido a evolução institucional ter seguido nessa direção, com o conseqüente *aprimoramento* das instituições já existentes<sup>330</sup>. Ao invés disso, o constituinte de 1981 decidiu pela importação da experiência juspolítica norte-americana (essencialmente fundamentada na cultura do *common law*), delegando à Justiça Federal o conhecimento e o julgamento dos litígios administrativo e implantando, pois, o sistema de jurisdição una<sup>331</sup>. Como bem explicou Souza Junior:

A Constituição de 1891, porém, rompeu, de uma penada, com a conexão ibérico-continental de nosso **direito público**. Ela transplantou *a priori* ao nosso País os grandes princípios estruturadores das decisões políticas fundamentais da ordem norte-americana, todos moldados a partir de — e para — uma realidade social, histórica e política tipicamente de *common law*. Ora, o *common law* supõe um tipo de juiz, um tipo de lei, um tipo de Constituição e um tipo de relação entre o juiz, a lei e a Constituição — em suma, um tipo de supremacia do direito — que só nele se pode encontrar<sup>332</sup>.

---

<sup>326</sup> MELO, José Correa de. **O Conselho de Estado e a Justiça Administrativa**: uma análise do contencioso administrativo no Brasil-Império. 2013. Dissertação (Mestrado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2003. Disponível em: <https://lume.ufrgs.br/bitstream/handle/10183/83673/000906654.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acessado em 24 jul. 2019.

<sup>327</sup> OLIVEIRA TORRES, João Camilo de. **História do Império**. Rio de Janeiro: Record, 1963, p. 71.

<sup>328</sup> OLIVEIRA TORRES, *loc. cit.*

<sup>329</sup> OLIVEIRA TORRES, *loc. cit.*

<sup>330</sup> Embora o Brasil não tenha desenvolvido um contencioso administrativo comparável ao francês, nossas instituições, com a criação do Conselho de Estado em 1841, davam sinais de evoluir nessa direção. Tivemos um “arremedo de justiça administrativa” que poderia ter sido aperfeiçoado. Em GUALAZZI, Eduardo Lobo Botelho. **Justiça Administrativa**. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1986. pp. 138-140.

<sup>331</sup> *Ibidem*, p. 141.

<sup>332</sup> *Ibidem*, p. 188.

Ainda, nas palavras do mesmo autor, imprescindível ressaltar que, “como não poderia deixar de ser, *common law* não se copia, nem se improvisa”<sup>333</sup>; é preciso, pois, “encontrar uma identidade cultural que permita seguir um caminho coerente de evolução”<sup>334</sup>.

Portanto, a estruturação da Administração como poder político, com todas as características que isso impõe, permitiria o funcionamento de uma jurisdição adaptada à realidade administrativa, conjugando (i) a proteção aos direitos fundamentais, mediante julgamento imparcial com respeito ao devido processo administrativo; e (ii) a apreciação dos impasses concretos por julgadores dotados de experiência com a gestão pública — nesse aspecto, Max Weber defendia que a burocracia tem a tendência de acumular “o conhecimento de fatos adquirido na execução das tarefas ou obtido via ‘documentação’”<sup>335</sup>. Tudo isso de maneira fiel às raízes romano-germânicas do nosso direito público.

Frise-se que eventual reforma constitucional nesse sentido não violaria a disposição do artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição, tornada *cláusula pétrea* pelo artigo 60, §4º, inciso IV, da Lei Fundamental — desde que, evidentemente, o contencioso administrativo seja organizado de modo a garantir a imparcialidade e a independência dos julgadores. Ressalte-se, nessa lógica, que não se trata de proposta *tendente a abolir* direitos individuais — em outras palavras, tal reforma não causa o esvaziamento da garantia prevista pelo constituinte. Modifica-se, sim, o *modo* como esse direito é garantido: um modo *distinto* daquele previsto originalmente, mas nem por isso menos efetivo *a priori*. Mantém-se, sim, intacta a inafastabilidade do controle jurisdicional, visto que o fenômeno da jurisdição, analisado sob a perspectiva da Teoria do Estado e do Direito Constitucional, não é e não precisa ser exclusivo do Poder Judiciário.

Quando à Administração Pública são conferidas as garantias e prerrogativas necessárias, o direito fundamental à tutela jurisdicional imparcial e independente é respeitado tanto quanto no controle realizado pelo Poder Judiciário. Acrescente-se, ainda, que o controle realizado no âmbito do próprio Poder Administrativo evita (ou, ao menos, minimiza) os impasses demonstrados. Dessa forma, consegue-se lidar, imparcialmente, com questões de índole técnica, conferindo-lhes solução *extrajudicial* — embora *jurisdicional*. Isso,

---

<sup>333</sup> SOUZA JUNIOR, Cezar Saldanha. **A supremacia do Direito no Estado e seus modelos básicos**. Porto Alegre: [s.n.], 2002. p. 188.

<sup>334</sup> *Ibidem*, p. 189.

<sup>335</sup> WEBER, Max. **Economia e sociedade: fundamentos da sociologia compreensiva**. Trad. Regis Barbosa e Karen Elsabe Barbosa. 4ª. ed. Brasília: Universidade de Brasília, 2015. v. I. p. 147.

evidentemente, pressupõe a racionalização do arranjo institucional, mediante a adoção da Administração Pública como poder independente, de carreira e apartidário, num contexto de *hexapartição* dos poderes políticos, tal como descrito por Cezar Saldanha Souza Junior e Carlos Reverbel em *O Tribunal Constitucional como Poder*<sup>336</sup>.

---

<sup>336</sup> SOUZA JÚNIOR, Cezar Saldanha; REVERBEL, Carlos Eduardo Dieder. **O Tribunal Constitucional como poder**: uma nova visão dos poderes políticos. 2ª. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

## 5 CONCLUSÃO

Partindo da proposta inicial do trabalho, podemos extrair informações importantes sobre a Administração Pública, tanto em seu aspecto mais geral, histórico e teórico, quanto no seu aspecto prático.

Na primeira parte da monografia, analisamos a evolução histórica das instituições políticas. Explicamos que, da concentração do poder no Estado Burocrático Concentrado Territorial Nacional Moderno, no qual todas as atribuições se encontravam na Coroa, seis poderes políticos foram teorizados e criados: a Chefia de Estado, a Chefia de Governo, o Poder Legislativo, o Poder Judiciário, a Administração Pública e o Tribunal Constitucional. Nessa lógica, a Administração Pública surgiu como o quinto poder do Estado; foi teorizada por Max Weber e instituída, pela primeira vez como poder autônomo, na Alemanha. O contexto histórico respectivo remete ao período da ascensão das massas e à expansão dos serviços públicos no Estado Social. No Brasil, todavia, essa etapa não chegou a ocorrer: nossa história constitucional é marcada pela tetrapartição dos poderes e separação entre Estado e Governo, com a Constituição Imperial, e, a seguir, pelo retrocesso à tripartição, com a Constituição de 1891.

Na segunda metade, analisamos as relações recíprocas, no Brasil, entre Governo e Administração. Constatamos que esta última atua de forma dependente daquele, tendo seus cargos utilizados como moeda de troca por apoio político; diante disso, prejudica-se a eficiência e a tecnicidade da Administração. Verificamos, nesse aspecto, a importância de manter a ideologia em seu campo próprio — o Governo e o Parlamento —, permitindo que a atividade administrativa permaneça apartidária. Além disso, analisamos as relações entre o Poder Judiciário e o Parlamento e demonstramos que uma das consequências da irracionalidade institucional é o ativismo judicial, com a tomada de decisões administrativas e legislativas pelo juiz: o juiz acaba, nesse contexto, tomando decisões políticas por critérios jurídicos. Nesse sentido, por um lado, a magistratura pondera princípios e controla a constitucionalidade das leis; esta situação prejudica a segurança jurídica e, portanto, torna mais complexa a aplicação do princípio da legalidade pelo administrador público. Por outro lado, a submissão de todo e qualquer caso concreto em que exista conflito de interesses entre

administrador e administrado ao crivo do Poder Judiciário bloqueia o bom funcionamento da Administração.

Diante desse quadro institucional, verificamos que a atual Teoria do Estado tem muito a contribuir com a racionalização juspolítica do Brasil. Mediante as pesquisas realizadas no âmbito deste trabalho, verificamos que: (i) a repartição dos poderes em seis (hexapartição), explicada de maneira inédita por Cezar Saldanha Souza Junior, é capaz de bloquear a manipulação direta dos cargos técnicos pelo Governo, com as consequências nefastas desse sistema, visto que eleva a Administração Pública a poder autônomo e soberano; e (ii) considerando a independência da Administração, a possibilidade de decisão terminativa do processo administrativo, desde que mediante devido processo e garantias fundamentais processuais, é um mecanismo de racionalização do sistema brasileiro — e, além disso, pode ser considerado mais harmônico com as raízes históricas e sociais do nosso direito.

## REFERÊNCIAS

- ARISTÓTELES. **A política**. Trad. Nestor Silveira Chaves. São Paulo: Escala, [20–].
- AZAMBUJA, Darcy. **Teoria Geral do Estado**. 44<sup>a</sup>. ed. São Paulo: Globo, 2005.
- BARZOTTO, Luis Fernando. **Teoria política**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018.
- BOEIRA, Marcus. Da necessária separação entre Estado e Governo. **Instituto de Formação e Educação**, Campinas, 10 set. 2015. Disponível em:  
<http://ife.org.br/da-necessaria-separacao-entre-estado-e-governo-por-marcus-boeira/>.  
 Acessado em 09 mai. 2019.
- BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 28<sup>a</sup>. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.
- BRASIL. Constituição (1824). **Constituição Política do Império do Brasil (de 25 de março de 1824)**. Disponível em:  
[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao24.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao24.htm). Acessado em: 08 mai. 2019.
- \_\_\_\_\_. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em:  
[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acessado em: 22 jun. 2019.
- BRUM TORRES, João Carlos. **Figuras do Estado moderno**. 1<sup>a</sup>. ed. São paulo: Brasiliense, 1989.
- CAETANO, Marcello. **Manual de direito administrativo**. 1<sup>a</sup>. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1970. t. I.
- CÂMARA DOS DEPUTADOS – Bancada dos Partidos. Disponível em:  
[\[https://www.camara.leg.br/Internet/Deputado/bancada.asp\]](https://www.camara.leg.br/Internet/Deputado/bancada.asp). Acessado em: 06.08.2019.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7<sup>a</sup>. ed. Coimbra: Almedina, 2003.
- CASTRO NUNES, José de. **Teoria e prática do Poder Judiciário**. 1<sup>a</sup>. ed. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1943.
- CHAPUS. René. **Droit administratif général**. 5<sup>a</sup>. ed. Paris: Montchrestien, 1990. t. I.
- CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **A execução fiscal no Brasil e o impacto no Judiciário**: relatório técnico. [S.l], 2011.
- \_\_\_\_\_. **Justiça em números 2018**: ano-base 2017. Brasília: CNJ, 2018.

CONSTANT, Benjamin. **A liberdade dos antigos comparada à liberdade dos modernos**. Organização, estudo introdutório e tradução de Emerson Garcia. Coleção clássicos do direito; v. 3. São Paulo: Atlas, 2015.

CRETELLA JÚNIOR, J. Conflito de atribuições no direito administrativo. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**, v. 80, p. 17-33, 1 jan. 1985.

DAVID, René. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo**. Trad. Hermínio A. Carvalho. 4ª. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

DICEY, Albert Venn. **Introduction to the study of the Law of the Constitution**. 8th. ed. London: Macmillan, 1927.

DIDIER JR., Fredie. **Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento**. 19ª. ed. Salvador: Jus Podivm, 2017.

FAGUNDES, Miguel Seabra. **O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário**. 8ª. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Aspectos do direito constitucional contemporâneo**. 3ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

\_\_\_\_\_. **Curso de direito constitucional**. 40ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

FLORES, Alfredo de Jesus dal Molin; PETERSEN, Raphael de Barros. Os sistemas administrativos, do Império à Primeira República: os modelos de controle de atos administrativos no Brasil independente. **Revista Brasileira de História do Direito**, Porto Alegre, v. 4, pp. 75-92, jul/dez. 2018.

FRANÇA. **Loi des 16-24 août 1790 sur l'organisation judiciaire, Titre II**. Version consolidée au 24 octobre 2019. Disponível em: <https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000000704777>. Acessado em: 24 out. 2019 (tradução nossa).

\_\_\_\_\_. Constituição (1958). **Constitution de la République Française**. Disponível em: <http://www.assemblee-nationale.fr/connaissance/constitution.asp>. Acessado em: 5 jun. 2019.

\_\_\_\_\_. Conselho Constitucional. Décision 80-119. Paris, 22 jul. 1980. Disponível em: <https://www.conseil-constitutionnel.fr/decision/1980/80119DC.htm>. Acessado em: 09 out. 2019.

FREITAS, Vladimir Passos de. Creches, ativismo judicial e reflexos nos municípios. **ConJur**, jun. 2013. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2013-jun-09/segunda-leitura-creches-ativismo-judicial-reflexos-municipios>. Acessado em 03 ago. 2019.

GALVÃO DE SOUSA, João Pedro. **Política e Teoria do Estado**. São Paulo: Saraiva, 1957.

\_\_\_\_\_. **Iniciação à Teoria do Estado**. 2ª. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1976.

GOYARD-FABRE, Simone. **Os Fundamentos da Ordem Jurídica**. 1ª. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

GUALAZZI, Eduardo Lobo Botelho. **Justiça Administrativa**. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1986.

HAINES, Charles Grove. **The american doctrine of judicial supremacy**. 2ª. ed. Nova Iorque: Russell & Russell, 1959.

HESSE, Konrad. **Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha**. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Fabris, 1998.

JELLINEK, Georg. **Teoria General del Estado**. Buenos Aires: Albatros, 1970.

JOÃO XXIII. **Carta encíclica “Mater et Magistra”**: sobre a recente evolução social à luz da doutrina cristã. Disponível em: [http://w2.vatican.va/content/john-xxiii/pt/encyclicals/documents/hf\\_j-xxiii\\_enc\\_15051961\\_mater.html](http://w2.vatican.va/content/john-xxiii/pt/encyclicals/documents/hf_j-xxiii_enc_15051961_mater.html). Acessado em: 11 jul. 2019.

KELSEN, Hans. **Jurisdição constitucional**. Trad. do alemão Alexandre Krug; trad. do italiano Eduardo Brandão; trad. do francês Maria Ermantina Galvão. 1ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

KÜNNECKE, Martina. **Tradition and Change in Administrative Law: an Anglo-German comparison**. [S.l.]: Springer, 2007.

LIMA, Ruy Cirne. **Princípios de Direito Administrativo**. 7ª. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

LOEWENSTEIN, Karl. **Teoría de la Constitución**. 2ª. ed. Barcelona: Ariel, 1976.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Técnica processual e tutela dos direitos**. 4ª. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

MARINONI, Luiz Guilherme *et al.* **Curso de Direito Constitucional**. 3ª. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

MATTOS, Sérgio Luís Wetzel. (Informação oral). **Aulas de Direito Processual Civil I do Curso de Ciências Jurídicas e Sociais da Universidade Federal do Rio Grande do Sul**, 1.º semestre de 2017.

MEIRELLES, Hely Lopes; BURLE FILHO, José Emmanuel. **Direito administrativo brasileiro**. 42ª. ed. São Paulo: Malheiros, 2016.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 30ª. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

MELO, José Correa de. **O Conselho de Estado e a Justiça Administrativa**: uma análise do contencioso administrativo no Brasil-Império. 2013. Dissertação (Mestrado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2003. Disponível em:  
<https://lume.ufrgs.br/bitstream/handle/10183/83673/000906654.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acessado em 24 jul. 2019.

MIRAGEM, Bruno Nubens Barbosa. **Direito civil**: responsabilidade civil. 1ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**: actividade constitucional do Estado. 3ª. ed. [S.l.]: Coimbra, 2004. t. V.

MONTESQUIEU, Charles Louis de Secondat, Baron de la. **O espírito das leis**. 2ª. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

MORAND-DEVILLER, Jacqueline. **Cours de Droit Administratif**. 2ª. ed. Paris: Montchrestien, 1991.

ODY, Lisiane Feiten Wingert. (Informação oral). **Aulas de Direito Comparado do Curso de Ciências Jurídicas e Sociais da Universidade Federal do Rio Grande do Sul**, 2.º semestre de 2019.

OLIVEIRA TORRES, João Camilo de. **História do Império**. Rio de Janeiro: Record, 1963.

\_\_\_\_\_. **A democracia coroada**: teoria política do Império do Brasil. 2ª. ed. Petrópolis: Vozes, 1964.

\_\_\_\_\_. **Os Construtores do Império**: ideias e lutas do Partido Conservador brasileiro. São Paulo: Companhia Editorial Nacional, 1968.

ORTEGA Y GASSET, José. **La rebelión de las masas**. Cidade do México: [S. n.], p. 10. Ebook. Disponível em  
[https://monoskop.org/images/f/f6/Ortega\\_y\\_Gasset\\_Jose\\_La\\_rebelion\\_de\\_las\\_masas.pdf](https://monoskop.org/images/f/f6/Ortega_y_Gasset_Jose_La_rebelion_de_las_masas.pdf). Acessado em: 15 out. 2019.

PEREZ, Marcos Augusto. **Controle da Discricionariedade Administrativa**. In: **Controle da Administração Pública** (Org. PEREZ, Marcos Augusto e SOUZA, Rodrigo Pagani de). Belo Horizonte: Fórum, 2017.

PERNOUD, Régine. **Luz sobre a Idade Média**. 1ª. ed. Portugal: Europa-América, 1997.

PIMENTA BUENO, José Antonio. **Direito Publico Brasileiro e Analyse da Constituição do Imperio**. Rio de Janeiro: Typographia Imp. E. Const. de J. Villaneuve EC., 1857.

PORTUGAL. Constituição (1822). **Constituição Portuguesa de 23 de setembro de 1822**. Disponível em:

[http://www.cervantesvirtual.com/obra-visor/constituico-portuguesa-de-23-de-setembro-de-1822--0/html/ffd038dc-82b1-11df-acc7-002185ce6064\\_1.html](http://www.cervantesvirtual.com/obra-visor/constituico-portuguesa-de-23-de-setembro-de-1822--0/html/ffd038dc-82b1-11df-acc7-002185ce6064_1.html). Acessado em: 08 mai. 2019.

REALE, Miguel. **Revogação e anulamento do ato administrativo**. 1ª. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1968.

REDAÇÃO. Composição do Senado salta de 15 para 21 partidos em 2019. **Senado Notícias**, Brasília, 03. jan. 2019. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2019/01/03/composicao-do-senado-salta-de-15-para-21-partidos-em-2019>. Acesso em: 06. ago. 2019.

REINO DA ESPANHA. **Constituição Espanhola**. Disponível em: <https://www.tribunalconstitucional.es/es/tribunal/normativa/Normativa/CEportugu%C3%A9s.pdf>. Acessado em: 21 set. 2019.

REVERBEL, Carlos Eduardo Dieder. Ativismo judicial e Estado de Direito. **Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM**, Santa Maria, v. 4, n. 1, 2009. DOI : 10.5902/19813694.

\_\_\_\_\_. **Jurisdição constitucional na Ibero-américa**. Porto Alegre: Brejo-bibliobureau, 2012.

\_\_\_\_\_. (Informação oral). **Aulas de Política e Teoria do Estado do Curso de Ciências Jurídicas e Sociais da Universidade Federal do Rio Grande do Sul**, 1.º semestre de 2016.

\_\_\_\_\_. **Reforma política e eleições: retrospecto, diagnóstico e alternativas para o Brasil**. 1ª. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018.

\_\_\_\_\_. (Informação oral). **Aulas de Política e Teoria do Estado do Curso de Ciências Jurídicas e Sociais da Universidade Federal do Rio Grande do Sul**, 1.º semestre de 2019.

\_\_\_\_\_. (Informação oral). **Aulas de Política e Teoria do Estado do Curso de Ciências Jurídicas e Sociais da Universidade Federal do Rio Grande do Sul**, 2.º semestre de 2019.

RIBAS, Antonio Joaquim. **Direito administrativo brasileiro: noções preliminares**. 1ª. ed. Rio de Janeiro: F. L. Pinto & C, 1866.

RIVERO, Jean. **Droit Administratif**. 3ª. ed. Paris: Dalloz, 1965.

ROMANO, Santi. **Principii di Diritto Amministrativo italiano**. 2ª. ed. Milão: Società Editrice Libreria, 1905.

\_\_\_\_\_. **Princípios de Direito Constitucional Geral**. 1ª. ed. São Paulo: Revista. dos Tribunais, 1977.

SCALIA, Antonin. **A Matter of Interpretation: federal courts and the law: an essay by Antonin Scalia; with commentary by Amy Gutmann, editor, et al.** Princeton, New Jersey: Princeton University Press, 1997.

SCHMITT, Carl. **O Guardião da Constituição**. Trad. Geraldo de Carvalho. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

SOUZA JÚNIOR, Cezar Saldanha; REVERBEL, Carlos Eduardo Dieder. **O Tribunal Constitucional como poder**: uma nova visão dos poderes políticos. 2ª. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

SOUZA JÚNIOR, Cezar Saldanha. **Constituições do Brasil**. 1ª. ed. Porto Alegre: Sagra Luzzatto, 2002.

\_\_\_\_\_. **Consenso e tipos de Estado no Ocidente**. 1ª. ed. Porto Alegre: Sagra Luzzatto, 2002.

\_\_\_\_\_. **A supremacia do Direito no Estado e seus modelos básicos**. Porto Alegre: [s.n.], 2002.

SOUZA, Paulino José Soares de. (Visconde do Uruguai). **Ensaio sobre Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Typographia Nacional, 1862. t. I.

TOCQUEVILLE, Alexis de. **A Democracia na América**. Livro I: leis e costumes. Trad. Eduardo Brandão. 2ª. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL. **Inter-relações entre o processo administrativo e o judicial (em matéria fiscal) a partir da identificação de contenciosos cuja solução deveria ser tentada previamente na esfera administrativa**: relatório final. Porto Alegre, v. I, 2010-2011.

\_\_\_\_\_. **Inter-relações entre o processo administrativo e o judicial (em matéria fiscal) a partir da identificação de contenciosos cuja solução deveria ser tentada previamente na esfera administrativa**: relatório final. Porto Alegre, v. II, 2010-2011.

VÉLEZ Rodríguez, Ricardo. **O liberalismo francês**: a tradição doutrinária e a sua influência no Brasil (Apresentação de Antônio Paim). Salvador: Centro de Documentação do Pensamento Brasileiro, 2012 (edição digital).

VILLEY, Michel. **O direito e os direitos humanos**. Trad. Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2007.

WEBER, Max. **O que é burocracia?** [S.l.]: Conselho Federal de Administração, pp. 60-61. Ebook. Disponível em [http://cfa.org.br/wp-content/uploads/2018/02/40livro\\_burocracia\\_diagramacao.pdf](http://cfa.org.br/wp-content/uploads/2018/02/40livro_burocracia_diagramacao.pdf).

\_\_\_\_\_. **Economia e sociedade**: fundamentos da sociologia compreensiva. Trad. Regis Barbosa e Karen Elsabe Barbosa. 4ª. ed. Brasília: Universidade de Brasília, 2015. v. I.

\_\_\_\_\_. **Economia e sociedade**: fundamentos da sociologia compreensiva. Trad. Regis Barbosa e Karen Elsabe Barbosa. 4ª. ed. Brasília: Universidade de Brasília, 2015. v. II.

