

---

# A MASSIFICAÇÃO DO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO – UM DESAFIO PARA A ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO

*THE MASSIFICATION OF ADMINISTRATIVE LITIGATION - A CHALLENGE FOR THE FEDERAL ATTORNEY'S OFFICE*

---

*Kaline Ferreira Davi*

*Doutora em Direito Público pela Universidade Montesquieu Bordeaux IV, França.  
Mestra em Direito Público pela Universidade Federal da Bahia. Professora de Direito Administrativo da Universidade Federal da Bahia. Advogada da União.*

SUMÁRIO: Introdução; 1 Critérios para uma delimitação; 2 Um contencioso volumoso e sem complexidade; 3 A distinção entre «*contencioso de massa*» e «*contencioso de uma massa*»; 4 A distinção entre o contencioso de massa e o contencioso de séries; 5 Os falsos litígios; 6 O interesse de agir na justiça no contencioso brasileiro e no contencioso administrativo francês; 7 Conclusão; Referências.

**RESUMO:** A massificação do contencioso administrativo sobrecarrega os advogados públicos, os tribunais e os juízes de uma tarefa mecanizada e sem complexidade jurídica. As soluções alternativas para os litígios administrativos precisam de uma delimitação na sua esfera de incidência. A proposta desse texto é demonstrar a imediata eficácia dessas alternativas extrajudiciais em relação aos litígios que massificam o contencioso administrativo. O direito comparado será utilizado como método para classificar esse contencioso e auxiliar no alcance de soluções.

**PALAVRAS-CHAVE:** Massificação do Contencioso. Soluções Alternativas. Administração Pública.

**ABSTRACT:** The massification's administrative litigation overloads the courts and judges of a mechanized task and without legal complexity. Alternative solutions to administrative disputes need a delimitation in your incidence. Based on the French doctrine, the purpose of this text is demonstrate the immediate effectiveness of these alternatives to litigation in relation massify the administrative litigation. The comparative law will be used as a method to classify this litigation and help in the solutions.

**KEYWORDS:** The Massification of Administrative Litigation. Alternative Solutions. Public Administration.

## INTRODUÇÃO

O fenômeno de massificação do contencioso administrativo é uma das causas mais evidentes de sobrecarga do Poder Judiciário e de abarrotamento do setor contencioso da AGU. Um estoque exagerado de processos se acumula e movimenta todo um sistema que poderia agir para atuar em controvérsias de complexidade compatível com o preparo técnico de nossos membros e com a estrutura que conseguimos obter ao longo de nossos 25(Vinte e cinco) anos.

As decisões judiciais proferidas em processos repetitivos, na sua maioria já são conhecidas. Os precedentes nesses casos já se encontram estabilizados, e o Estado, nada ganha com a repetição das mesmas práticas no exercício da gestão pública.

Os mecanismos extrajudiciais, nesses casos, surgem como solução para todos os males causados pelo excesso de judicialização. Efetivamente, o contencioso administrativo extrajudicial, considerado nesse trabalho como aquele que acontece fora de uma jurisdição, é vocacionado principalmente para os casos de litígios massivos.

Esses mecanismos que utilizam a consensualidade como ferramenta principal para alcançar o fim de uma contenda, alcançam uma multiplicidade de litígios, mas o alcance deles não tem a mesma efetividade em cada um dos casos em que são aplicáveis. Essa diversidade no grau de efetividade da aplicação desses mecanismos nos faz refletir sobre a possibilidade de, nesse início de intensificação da utilização desses modos consensuais de resolução, nós criarmos um campo de delimitação mais restrito, para que os advogados públicos possam ir desenvolvendo suas habilidades nesse campo ainda recente, e que a própria AGU possa transformar suas estruturas e se adaptar paulatinamente a essa nova era do Direito Administrativo menos imperialista e mais dialógico.

A maioria dos conflitos que podem ser solucionados em ambiente não jurisdicional são os conflitos que admitem negociação ou a flexibilizatem negociação ou a flexibilizaiaçlmente osacidencia desses mecanismos om a propostirua de aç crção dos interesses envolvidos na demanda. Diante disso, podemos formular a indagação central que perseguiremos durante esse texto: Quais são os conflitos envolvendo o poder público que são mais aptos a serem solucionados por outras vias que não a jurisdicional?

### 1 CRITÉRIOS PARA UMA DELIMITAÇÃO

Segundo Arnold Noury, o essencial para delimitar o domínio dos diferentes mecanismos de resolução de conflitos é a distinção entre, de uma parte, os litígios de ordem patrimonial, concernentes à execução dos

contratos e a responsabilidade extracontratual e, de outra parte, os litígios relativos à legalidade dos atos administrativos.<sup>1</sup>

Tratando-se de litígios de ordem patrimonial, esses mecanismos são admitidos na França já faz muito tempo. A capacidade das pessoas jurídicas de direito público bem como das pessoas físicas em renunciar aos seus direitos subjetivos é compatível com a adoção de vias transacionais. Para Jean-Marie Auby a renúncia aos direitos subjetivos não está ligada a uma interdição geral no que pertine o contencioso administrativo. O autor afirma que o contencioso administrativo pode ser objeto de uma mitigação de ordem material a depender do objeto da renúncia.<sup>2</sup>

Para os litígios que versam sobre a legalidade dos atos administrativos, os modos consensuais não parecem ser uma solução tão eficaz. Na França, em virtude da expressão '*on ne transige pas sur la légalité*', o Juiz Administrativo francês não reconhece nenhum efeito sobre as eventuais renúncias dos administrados em exercer recursos por excesso de poder. Qualquer manifestação de vontade nesse sentido é considerada nula e inoperante.

A experiência brasileira, no curso desses últimos dez anos, mostra que é precipitado concluir pela indisponibilidade dos direitos como uma barreira para aplicação desses mecanismos. De início, cumpre ressaltar que os direitos indisponíveis podem ser exercidos de variadas formas, sendo assim, pelo menos no tocante ao seu exercício, a parte poderia escolher a forma mais conveniente de fazê-lo; além disso, os conflitos são sempre amplos, e mesmo quando apresentam um núcleo essencialmente indisponível, geram consequências patrimoniais que podem ser objeto de uma mediação, negociação ou conciliação.

Para Luciane Moessa, malgrado o mito da falta de liberdade no campo dos direitos indisponíveis para aplicação dos meios alternativos de solução de litígios, este mito está restrito ao discurso, uma vez que a práxis revela o contrário. Os conflitos sobre o direito de filiação, de maternidade e de paternidade são direitos de ordem pública e mesmo nesse domínios, independentemente de sua natureza patrimonial, eles são cada vez mais solucionados pela mediação.<sup>3</sup>

Essa discussão acerca da dimensão da indisponibilidade de direitos e seu grau de permissividade negocial, enquanto a Justiça conseguia

1 NOURY, Arnold. *Les modes alternatifs peuvent-ils prospérer dans le contentieux administratif*. JCP, 2005. p. 1286.

2 AUBY, Jean-Marie. *La renonciation au bénéfice de la loi en droit public français*: Travaux de l'association Henri Capitant, tome XIII, 1960. p. 511

3 MOESSA, Luciane. *Meios Consensuais de Solução de Conflitos Envolvendo entes públicos e a Mediação de Conflitos Coletivos*. Tese de Doutorado, 2010, Biblioteca da Universidade Federal de Santa Catarina.

responder bem às suas demandas, teve sua discussão adiada. Ocorre que, a falta de critérios e de sistematização para colocar em prática esses mecanismos consensuais, estimularam ainda mais uma representação idealizada e irreal da indisponibilidade dos direitos.

Defende-se que a dimensão pública do direito é compatível com a efetividade do interesse público, na sua exata medida, sendo assim, se as circunstâncias de fato indicam que a renúncia parcial e recíproca dos interesses em jogo é a melhor solução, será ela a adotada.

Advertimos, no entanto, que a delimitação do campo de atuação dos modos alternativos de litígios administrativos é justa e compatível com seu caráter *'alternativo'* ao Juiz. A pesquisa de um contencioso não jurisdicional é construtiva se ela tende a evitar somente a provocação desnecessária do Poder Judiciário. Nesse sentido Simone Gaboriau acrescenta que a justiça deve ser cada vez mais eficaz, e menos traumática para os que a vivenciam, mas infelizmente, uma quantidade cada vez maior de jurisdicionados recorrem ao juiz como um mal do qual não se pode fugir.<sup>4</sup>

Diante dessas premissas, não se pretende aqui uma delimitação do campo de incidência desses modos consensuais a partir do critério da indisponibilidade do direito. Não acreditamos na validade científica desse critério. Nós preferimos dividir os litígios em função da complexidade da matéria envolvida e em função da repetitividade do tema. Assim, nesse texto, trataremos dos intitulados falsos litígios, litígios em série e dos litígios de massa, que para nós, situam-se no campo mais fértil para a aplicação dos modos extrajudiciais de resolução.

## 2 UM CONTENCIOSO VOLUMOSO E SEM COMPLEXIDADE

Os conflitos que formam o contencioso de massa, os falsos litígios e o contencioso de série são responsáveis pela transformação da justiça em *«quasi-guichet»*. Nicolas Fischer nos ensina que as jurisdições administrativas na França obrigam o Juiz, no caso do contencioso de massa e de séries, a fazer da urgência e da aceleração do tempo jurisdicional um imperativo, e desta forma desorganizam toda a lógica do exercício da jurisdição.<sup>5</sup>

O tratamento dos processos que fogem aos litígios de massa e de série é exercido sempre em segundo plano. A massa é prioritária por conta de um critério estatístico, apenas de apuração de rendimento

4 GABORIAU, Simone. *«faire que la justice soit à la fois plus efficace - dans le respect des principes fondamentaux - et moins traumatisante que ne la vivent, hélas encore, bien des justiciables»*. Déjudiciarisation et administration de la justice Promouvoir la «juridiversité» À la recherche d'une déjudiciarisation raisonnée et constructive. LPA, 2012. p. 3.

5 FISCHER, Nicolas. *Le tribunal administratif à l'épreuve du contentieux de masse*. Premiers résultats d'une étude de sciences sociales réalisée au tribunal administratif de Cergy-Pontoise. RFDA, 2011. p. 481.

funcional.<sup>6</sup> O contencioso não repetitivo, de demandas mais complexas, passa a ser desprezado em favor do contencioso massivo, representativo quantitativamente.<sup>7</sup>

Os juízes não foram preparados para as demandas do contencioso de massa. Esta afirmação consta do Relatório 400 do Senado Francês onde nós podemos ler que os magistrados dos tribunais administrativos são adeptos dos métodos de trabalho que privilegiam a pesquisa de qualidade em detrimento daquela do rendimento. Sem a preocupação excessiva com o tempo despendido, a maior parte dos magistrados se adaptam melhor com um trabalho metódico e reflexivo, do que com o tratamento rápido de processos que se repetem.<sup>8</sup>

Ademais, existem também os falsos litígios representados pelas falsas demandas endereçadas aos juízes unicamente pela ausência de diálogo entre a Administração e os particulares. Essas demandas se originam principalmente do mau funcionamento dos serviços públicos; e da incerteza da Administração em relação a autonomia que possui para resolver extrajudicialmente os seus próprios conflitos.

Nos dois casos – tanto em se tratando do contencioso de massa, quanto em se tratando de falsos litígios – o contencioso administrativo se adapta de forma a gerar bons resultados.

Consideramos que a noção de contencioso de massa é melhor explicada sob perspectiva prática. Segundo um critério quantitativo « *o contencioso de massa é um contencioso volumoso* » e utilizando um critério qualitativo « *o contencioso de massa é um contencioso repetitivo, que demanda um tratamento jurídico mecânico* ». Esta definição induz a duas consequências: este contencioso sobrecarrega os Juízes – problema gerencial - mas apresenta baixo grau de interesse jurídico – baixa complexidade.<sup>9</sup>

Os publicistas franceses intitulam esse contencioso como um «*déjà vu contentieux*». Yves Gaudemet afirma que não há nenhuma lista elaborada contendo enumeração das demandas que formam o contencioso de massa, esse contencioso representa a repetição em centenas, milhares

6 Vide o 'Relatório sobre a nova Política de Imigração: «*En raison tant de la complexité des règles applicables que de la brièveté des délais impartis au juge pour se prononcer, l'encombrement des juridictions administratives conduit à : – Un effet d'éviction de tous les autres contentieux.*

– *Une inégalité de traitement entre les justiciables selon que leur requête relève du contentieux des étrangers (affaire jugée en trois ou quatre mois) ou non (délai moyen de jugement supérieur à deux ans et pouvant atteindre quatre ou cinq ans)* [...]» Disponível em: <<http://www.ladocumentationfrancaise.fr/var/storage/rapports-publics/084000446/0000.pdf>>. Acesso em: 20 set. 2012.

7 GAUDEMET, Yves. *Approche doctrinale* : définition, origines, essai d'explication et perspectives des contentieux de masse. RFDA, 2011. p. 464.

8 *Rapport n° 400 du Senat le 10 de junho de 1992*. Publicado no Jornal Oficial de 11 de junho de 1992. Disponível em: <[www.senat.fr](http://www.senat.fr)>.

9 CALVÉS, Gwénaële. *Mieux connaître les contentieux de masse l'apport des travaux sociologiques*. RFDA, 2011. p. 477.

de requerimentos cuja argumentação é idêntica ou similar. Mesma quando cada uma dessas ações são individualmente importantes, o fato de seus fundamentos e pedidos se repetirem as tornam indignas de ocuparem o Poder Judiciário.<sup>10</sup>

Esses são litígios caracterizados por uma enorme quantidade e por uma ínfima complexidade. Eles não apresentam nenhum desafio para o Juiz uma vez que, nesses casos de contencioso de massa «a resposta a ser dada já está estabilizada, diminuindo demais a importância da reflexão e do trabalho jurídico.»<sup>11</sup>

### 3 A DISTINÇÃO ENTRE «CONTENCIOSO DE MASSA» E «CONTENCIOSO DE UMA MASSA»

Yves Gaudemet nos convida a refletir se este aumento do contencioso se explica pela transformação da « *sociologia dos requerentes e de suas relações* », ou seja, se este aumento decorre da democratização do contencioso administrativo. Por intermédio de um jogo de palavras, o autor atrai a atenção do leitor acerca da diferença entre a massificação do contencioso e a facilitação do acesso ao Juiz pelo cidadão. O autor questiona se esta massa de contencioso seria em verdade o contencioso de uma massa, de uma camada da população que não se aproximava do juiz.

Para responder a essa provocação Gwénaële Calvés demonstra que a noção de «contencioso de massa » está ligada a aparição de uma crise. A palavra «*massificação*», utilizada aqui, não é sinônimo de «*crescimento*» nem de «*desenvolvimento*» menos ainda de «*democratização*». «Esse contencioso nos remete, a uma ideia de degradação do serviço público e da justiça, ameaçada de paralisia e de mecanização.»<sup>12</sup>

Os dados estatísticos confirmam essas afirmações. No Brasil, essa saturação do Poder Judiciário pode ser verificada com a comparação do percentual de aumento das demandas perante os tribunais, de 393,7% em vinte anos, contra um crescimento populacional no mesmo período de 25,4%. Entre essas demandas encontramos majoritariamente litígios do contencioso de massa e das séries contenciosas.<sup>13</sup>

10 GAUDEMET, Yves. *Approche doctrinale: définition, origines, essai d'explication et perspectives des contentieux de masse*. RFDA, 2011. p. 464.

11 Ibidem, p. 232.

12 CALVÉS. op. cit. p. 477.

13 FALCAO, Joaquim. *Desestatizar o Judiciário*. Disponível sur: <<http://www.cnj.jus.br/imprensa/artigos/13320-desestatizar-o-judicio>>. Consulté le: 25 septembre 2012

No Brasil o fenômeno da contencioso de massa é um problema predominantemente estatal, ou seja, o poder público é o maior vocacionado a produzir essas demandas repetitivas e sem complexidade jurídica.

Jean Rivero já profetizava em 1965 a propósito da necessidade de uma metamorfose do sistema administrativo. Sempre atual, como todos os clássicos, o autor francês nos conduz a repensar sobre o sujeito-administrado, que é protegido pela submissão da Administração à legalidade, mas é excluído de toda participação nas ações que lhe compete.<sup>14</sup> Esta exclusão do cidadão provoca uma indagação: como conciliar esta situação com a evolução de um contencioso não jurisdicional?

O aumento dos litígios em massa não é o resultado de uma grande democratização da Administração, mas, bem ao contrário, é justamente a ausência do diálogo e de uma política para gerenciamento de crises. O distanciamento da Administração de uma de suas atividades básicas da gestão – a crise pós efetivação de uma política pública – aumenta o número de demandas repetitivas e pouco complexas no Poder Judiciário.

Demandas que já deveriam ser objeto de estratégia de gestão, posto que de ocorrência previsível como efeito de determinadas medidas administrativas, são negligenciadas. O Poder Judiciário passou a se ocupar de todas as crises geradas pela atividade de gestão, ocorre que, ele exerce uma atividade incompatível com esse gerenciamento, a jurisdição. A tentativa de solucionar essas crises em ambiente impróprio será sempre frustrada.

#### **4 A DISTINÇÃO ENTRE O CONTENCIOSO DE MASSA E O CONTENCIOSO DE SÉRIES**

Além do contencioso de massa nós temos um outro conjunto de litígios que é também responsável pelo aumento das demandas perante o Poder Judiciário. Trata-se das séries contenciosas que não devem ser confundidas com o contencioso de massa.

O contencioso de massa apresenta uma certa permanência em relação às séries contenciosas que são circunstanciais, e é justamente essa a principal distinção entre esses dois fenômenos que contribuem para o mesmo resultado que é a massificação do contencioso.

Yves Gaudemet definiu as séries contenciosas como:

De múltiplos recursos formados contra a aplicação de uma mesma legislação ou regulamentação, para uma pluralidade de jurisdicionados que se encontram em situações bastante similares, mas que agem na

---

<sup>14</sup> RIVERO, Jean. *A propos de la métamorphose de l'administration d'aujourd'hui*: démocratie et administration. Mélanges offerts à René Savatier, 1965. p. 821.

Justiça de forma dispersa; geralmente essas ações são organizadas e estimuladas por certas instituições como sindicatos, associações, conselhos, que distribuem modelos padrão de requerimentos.<sup>15</sup>

O código da Justiça Administrativa na França indica os critérios definidores das séries contenciosas. No art. R. 222-1 ele se refere a essas séries como:

*«ações [...] que, sem demandar uma nova apreciação ou qualificação dos fatos, apresentam um direito a ser julgado, pela jurisdição provocada. São questões idênticas àquelas já solucionadas conjuntamente por uma mesma decisão com força de coisa julgada; ou que já foram decididas conjuntamente pelo Conselho de Estado exercendo jurisdição; ou ainda quando foram objeto de exame e elaboração de um mesmo parecer pelo Conselho de Estado aplicando o art. L. 113-1.*

Sem dúvida que as séries contenciosas colaboram para a massificação do contencioso administrativo da mesma forma que o contencioso de massa, contudo, as séries, embora possam somar milhares de ações, elas são episódicas, circunstanciais, não se instalam de forma duradoura. Em relação à complexidade jurídica, realmente, não há nada a apreciar e julgar. Uma, algumas poucas decisões bastam, depois resta apenas um trabalho de duplicação.<sup>16</sup>

Os contenciosos que favorecem esse fenômeno de séries são principalmente o fiscal, e contencioso dos agentes públicos. Yves Gaudemet explica que *« se trata de uma gestão pública de massa, leis e regulamentos suscetíveis de serem contestados por uma grande quantidade de litigantes em potencial, nesses terrenos, as séries encontram fertilidade. »*<sup>17</sup>

## 5 OS FALSOS LITÍGIOS

Há uma terceira categoria que contribui para a massificação do contencioso e confirma, sobretudo, a falta de comunicação entre a Administração

15 GAUDEMET. 2011, op. cit.

16 Ibidem, 2011. .

17 *«Les exemples sont nombreux. On peut citer, en matière fiscale par exemple, le contentieux massif de la taxe sur les achats de viande pour certaines années ou, pour la fonction publique, celui du supplément familial de traitement. Mais tous les contentieux sont potentiellement « sériels » : citons par exemple la très importante série de requêtes tendant à obtenir la condamnation de l'État et de la SNCF à réparer les préjudices subis du fait de l'organisation de la déportation pendant la Seconde Guerre mondiale (qui a donné lieu à l'avis contentieux n° 315499 : CE, 16 févr. 2009, Mme Hoffman-Glemane, Lebon ; AJDA 2009. 284 et les obs. ; ibid. 589, chron. S.-J. Liéber et D. Botteghi ; D. 2009. 567, obs. C. de Gaudemont ; ibid. 481, édito. F. Rome ; RFDA 2009. 316, concl. F. Lenica ; ibid. 525, note B. Delaunay ; ibid. 536, note P. Roche.)» GAUDEMET. 2011, op. cit.*

e os Cidadãos. Eles são os falsos litígios, são demandas desprovidas de interesse de agir em Justiça. Elas são apresentadas aos pretórios por um único motivo, essa é a única via que o Cidadão reconhece como um meio hábil par ser escutado e ter seus argumentos levado em consideração.

Aquele que pretende exercer o direito de ação deve ter um motivo para fazê-lo. O interesse para agir perante o Poder Judiciário é uma das condições da ação tanto na França quanto no Brasil. A diferença fundamental entre esses dois sistemas reside no seguinte, na França, existem duas vias principais onde tramitam essas ações versando sobre questões administrativas – a de *plein contentieux*(contencioso pleno)<sup>18</sup> e a de *excès de pouvoir*(excesso de poder)<sup>19</sup> – com procedimentos específicos, perante uma jurisdição administrativa, que não integra o Poder Judiciário, mas sim o Poder Executivo – dualidade de jurisdição. No Brasil, vige o princípio constitucional de que «a lei não pode subtrair da apreciação do Poder Judiciário nenhuma lesão à ameaça de lesão o direito», ou seja, é a unicidade de jurisdição nas mãos do Poder Judiciário.

O contencioso administrativo francês é competente para todas as causas em que o Estado é parte na condição de Poder Público, ou seja, quando ele age no exercício de sua poder de império. Firmada a competência da justiça administrativa, há uma diversidade de procedimentos em relação a necessidade de *liaison do contentieux*, ou seja, da imprescindibilidade ou não da decisão preliminar no âmbito administrativo. Quando se trata de ação relativa a *excès de pouvoir*, não há motivo para exigência de pronunciamento prévio sobre a matéria, uma vez que a extrapolação de poder só pode ser perpetrada pela própria Administração ou por quem age em seu nome, através de um ato ou decisão administrativa. Quando, entretanto, tratamos de ação relativa ao pleno contencioso, nesse caso, a situação é diferente, uma vez que a responsabilidade civil ou contratual do Estado, predominantemente, não decorre de ato ou decisão administrativa, necessitando, segundo o sistema jurídico-administrativo francês, de uma decisão prévia de *liaison du contentieux*.

## 6 O INTERESSE DE AGIR NA JUSTIÇA NO CONTENCIOSO BRASILEIRO E NO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO FRANCÊS

Na Constituição brasileira, artigo 5º, XXXV, está previsto que o Poder Judiciário deve exercer sua jurisdição de forma plena. Em resumo, a Constituição brasileira preconiza o direito ao juiz de forma primária, isto

---

18 Esse contencioso abrange a responsabilidade do Estado e todos os litígios que não versem sobre matéria de legalidade dos atos administrativos, essa, abrangida pelo contencioso por excesso de poder.

19 O contencioso por excesso de poder abrange todos os litígios que versam sobre legalidade dos atos administrativos.

significa dizer que nem mesmo a lei, expressão máxima da legitimidade democrática, não poderá subtrair da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão ou ameaça de lesão ao direito.

Esta apreciação pelo Poder Judiciário será feita obedecendo algumas formalidades. Critérios básicos são exigidos por lei em virtude da obediência à forma, e esse critérios estão ligados à validade da própria ação. O interesse de agir é um desses critérios essenciais, tanto na França quanto no Brasil.

A peculiaridade francesa é que em matérias afetas ao intitulado *contencioso pleno*, o demandante deve reivindicar um direito próprio que o Estado supostamente lesionou. No contencioso por excesso de poder (*excès de pouvoir*), a ação somente é admitida na Justiça Administrativa por alguém que tenha interesse em obter a anulação do ato administrativo em questão.

O Poder Judiciário brasileiro frequentemente é provocado a apreciar e julgar demandas envolvendo a Administração, sem que o acionante tenha submetido a questão a apreciação prévia da Administração Pública que praticou o ato.<sup>20</sup> No Brasil não há previsão de decisão preliminar da Administração Pública em demandas de nenhuma natureza, o que, para o nosso sistema representaria um obstáculo ao acesso a Justiça.

Diferentemente, na França, todos os recursos administrativos devem ser formados contra decisões administrativas, isso é chamado de *liaison du contentieux*, ou vinculação do contencioso. Trata-se de assegurar que a Administração já tenha firmado um posicionamento sobre a questão em decisão administrativa prévia. O artigo R.421-1 do Código da Justiça Administrativa estabelece que «*Ressalvadas as matérias relacionadas às obras públicas, a jurisdição administrativa apenas pode ser provocada por via de recurso formado contra uma decisão*».

O princípio do acesso a Justiça está fundado no artigo 16 da Declaração dos Direitos do homem e do Cidadão.<sup>21</sup> O Conselho Constitucional em França erigiu esse princípio à categoria de princípio com valor constitucional. Em momento posterior, o Conselho de Estado decidiu que o direito ao recurso constituía um princípio geral do direito. Ademais, os artigos 6 e 13 da Convenção Europeia de Direitos do Homem (CEDH) preveem a obrigação dos Estados garantirem a efetividade do direito ao recurso.

20 STJ (1997/0073680-6). Publicado em 30/03/1998 Ministre. FERNANDO GONÇALVES; AC 2001.38.00.015454-6/MG, Juge Fédéral ItelmarRaydan Evangelista, Première Chambre, publié-DJF1 p.1498 du 03/06/2008

21 «*Toute société dans laquelle la garantie des droits n'est pas assurée ni la séparation des pouvoirs déterminée, n'a point de constitution*»

A CEDH admite, por outro lado, que restrições podem ser impostas ao princípio de acesso à Justiça, desde que sejam respeitadas as seguintes condições: que elas não imponham danos substanciais ao direito ao recurso; que essas restrições sejam proporcionais ao efetivo exercício de seu direito e que o recurso continue efetivo e concreto. Assim, essas condições correspondem às condições de acesso determinadas pela teoria de admissibilidade dos recursos (*théorie de la recevabilité des recours*). Um recurso administrativo não será recebido se não atender a certas formalidades, dentre elas, a obtenção de decisão administrativa preliminar (*décision administrative préalable*) todas as vezes que o recurso se relacione com as questões do contencioso pleno, ou seja, domínio dos contratos administrativos e da responsabilidade do estado.

No Brasil os tribunais não admitiam qualquer exigência de demanda administrativa precedente, considerando tais exigências inconstitucionais<sup>22</sup>

Felizmente o Superior Tribunal de Justiça interpretou o tema de forma mitigada. Foi considerado pelo STJ que a ausência total de demanda administrativa antes de ser acionado o Poder Judiciário ou quando não há prova de que a autoridade administrativa tenha criado qualquer obstáculo à pretensão do jurisdicionado, a ação judicial deve ser extinta por ausência do interesse de agir.<sup>23</sup>

O contencioso administrativo francês comporta uma separação entre procedimentos que visam anular um ato administrativo ou um contrato e aqueles procedimentos que visam pleitear uma reparação de danos. Essa divisão nos permite perceber as diferenças existentes em relação à demonstração do interesse de agir em Justiça.

O contencioso de plena jurisdição é um contencioso subjetivo. Nesse tipo de contencioso a questão posta para julgamento versa sobre situação jurídica individual. São tipicamente matérias de pleno contencioso as ações que versam sobre os contratos administrativos e sobre responsabilidade.

---

22 TRF. Recurso 473354, Juiz GISELLE FRANÇA, 04/06/2012 ; Recursp 450756, Juiz THEREZINHA CAZERTA, DJ 28/05/2012. Tribunal de Justice de Pernambuco. Recours: 00252/2009. Juiz: RICARDO PESSOA DOS SANTOS, 10/2/2009.

23 STJ. n.º 1310042/PR, Juge Min. HERMAN BENJAMIN, publicado em 15.05.2012: “PREVIDENCIÁRIO. AÇÃO CONCESSÓRIA DE BENEFÍCIO. PROCESSO CIVIL. CONDIÇÕES DA AÇÃO. INTERESSE DE AGIR (ARTS. 3º E 267, VI, DO CPC). PRÉVIO REQUERIMENTO ADMINISTRATIVO. NECESSIDADE, EM REGRA. 1. Trata-se, na origem, de ação, cujo objetivo é a concessão de benefício previdenciário, na qual o segurado postulou sua pretensão diretamente no Poder Judiciário, sem requerer administrativamente o objeto da ação. 2. A presente controvérsia soluciona-se na via infraconstitucional, pois não se trata de análise do princípio da inafastabilidade da jurisdição (art. 5º, XXXV, da CF). Precedentes do STF. [...] 4. Em regra, não se materializa a resistência do INSS à pretensão de concessão de benefício previdenciário não requerido previamente na esfera administrativa. 5. O interesse processual do segurado e a utilidade da prestação jurisdicional concretizam-se nas hipóteses de a) recusa de recebimento do requerimento ou b) negativa de concessão do benefício previdenciário, seja pelo concreto indeferimento do pedido, seja pela notória resistência da autarquia à tese jurídica esposada[...].”

Salvo as ações relativas à obras públicas, para as quais a decisão administrativa prévia não é obrigatória, não se pode exercer o direito de ação na França sem haver uma decisão administrativa contra a qual o litigante se insurja. Para ilustrar, nós podemos citar Yves Gaudemet que nos ensina: «*quando o particular pretende o ressarcimento pela Administração por um dano sofrido, ele deve pleitear inicialmente essa reparação da própria Administração e somente depois de sua recusa, de seu silêncio<sup>24</sup>, ou, de uma proposta insuficiente, é que a ação poderá ser proposta*». <sup>25</sup>

Segundo Jean-Marie Auby essas decisões preliminares têm somente como finalidade vincular o contencioso. Não se trata de um exame aprofundado da matéria, mas sim de uma oportunidade de fazer a instância administrativa, ao menos, conhecer o conflito. Essas demandas iniciais, na maioria das vezes, são apenas para preencher uma formalidade, obter uma decisão preliminar.<sup>26</sup>

Essas decisões, no entanto, podem evitar um litígio. Algumas vezes a demanda é de procedência evidente, e, a oportunidade de apreciação preliminar pela Administração, mesmo superficial, possibilita a tomada de uma decisão mais razoável, evitando a intervenção do juiz. Outras vezes, a improcedência é evidente e a argumentação deduzida na recusa convence o particular, que não mais recorre ao juiz. É imperativo, todavia, que essa análise não se torne mero cumprimento mecânico de uma formalidade procedimental, pois se assim for, será nada mais do que um obstáculo retardador da ação da justiça.

A doutrina relaciona essas decisões preliminares apenas a função de vincular o contencioso. É princípio do contencioso administrativo francês que «*[...] a jurisdição pode ser provocada unicamente pela via do recurso formado contra uma decisão[...]*»<sup>27</sup>. A rejeição, explícita ou implícita, pela expiração do prazo legal de dois meses, permite aos particulares a provocação do juiz. A doutrina francesa denuncia que toda a lógica da decisão prévia é construída em torno do contencioso jurisdicional. A existência dessa previsão não tem, infelizmente, como objetivo, a criação de um canal de diálogo entre a Administração e os Cidadãos, mas sim fazer valer uma

24 A Lei nº 2000-321 de 12 de abril de 2000 relativa aos direitos dos cidadãos nas suas relações com a administração tornou prevalente a decisão do Conselho de Estado – art. 21 : «sauf dans les cas où un régime de décision implicite d'acceptation est institué dans les conditions prévues à l'article 22, le silence gardé pendant plus de deux mois par l'autorité administrative sur une demande vaut décision de rejet».

25 GAUDEMET, Yves. *Droit Administratif*. 19. ed. Paris: LGDJ. p. 89.

26 AUBY, Jean-Marie. *Les recours administratifs préalables*. AJDA, 1997. p. 10.

27 Article R. 421-1 du code de justice administrative.

tradição histórica do contencioso administrativo francês originada da teoria do ministro-juiz.<sup>28</sup>

## CONCLUSÃO

Consideramos que, se de um lado, qualquer critério científico baseado na indisponibilidade do interesse público, que pretendesse afastar o consenso como legítimo para resolver conflitos envolvendo entes públicos, sufragaria. De outro lado, contudo, é primordial para a viabilização desse mecanismo, elegermos critérios racionais para filtrar demandas no início do funcionamento de uma estrutura recente para o Estado - câmaras de autocomposição de litígios envolvendo o particular.

Litígios falsos, massivos ou em série, apenas aparentam-se com controvérsias, mas na verdade, somente ocupam o Poder Judiciário de uma tarefa que não deveria ser objeto de demandas judiciais. Esses litígios não apresentam complexidade e não exigem qualquer esforço do magistrado. Para a Administração eles não são inéditos, muito pelo contrário, desde o seu nascedouro a Administração já conhece o posicionamento reiterado dos tribunais naquela matéria. Enviá-los para o Poder Judiciário é uma questão unicamente política.

Por isso, somos de opinião que antes de uma tentativa mais audaciosa, seria mais razoável para um sistema recente de resolução de litígios, que ainda precisa provar sua eficácia, que ele priorizasse, inicialmente, dirimir consensualmente os falsos litígios, os conflitos massivos ou em série, onde sua eficácia estaria garantida, e o seu objetivo maior, que é aliviar a sobrecarga de trabalho dos tribunais, seria atingido sem maiores polêmicas.

Admitir que os mecanismos alternativos ao juiz não são compatíveis com todos os tipos de litígios formadores do contencioso administrativo não fragiliza essa outra solução, mas sim o aproxima da realidade. É claro que não somente os litígios de massa e os falsos

---

28 «La règle de la décision préalable provient de la loi du 17 juillet 1900, reprise par le décret n° 65-29 du 11 janvier 1965. Mais son fondement est plus ancien : il provient du fait que le Conseil d'État dans le régime procédural du début du XIXème siècle ne pouvait être saisi que de décisions. Il a maintenu cette exigence après 1889, rendant utile l'adoption de dispositions textuelles.

La règle de la décision préalable peut être ainsi énoncée : la recevabilité des recours est subordonnée au fait qu'ils soient dirigés contre une décision. Cette exigence ne fait pas problème en cas de recours pour excès de pouvoir ni dans le contentieux de l'annulation en général, mais elle est d'un grand poids dans le plein contentieux. Si un préjudice résulte d'un acte administratif non discorde ou d'un fait juridique, l'intéressé doit en principe provoquer une décision en adressant une demande expresse d'allocation de dommages et intérêts à la personne publique ou privée (CE, Sect. 13 juin 1984, Assoc. Club athl. Mantes-la-ville, Rec.218, AJDA 1984.572) auteur du préjudice. Cependant, pour que l'auteur de l'acte ou des faits litigieux ne puisse par inertie faire obstacle à l'action de l'intéressé, une décision de rejet est réputée intervenue au bout de deux mois de silence. On l'appelle décision implicite de rejet.»

litígios são adaptáveis a esse contencioso extrajudicial, mas, a certeza de que esse tipo de litígio pode ser resolvido sem maiores delongas ou polêmicas por esta via, torna mais seguro o doloroso desapego ao tradicional em proveito do exercício da novidade.

Pensar que a Administração poderá desempenhar tão bem o papel de conciliadora ou mediadora ao ponto de tornar o juiz desnecessário em relação aos litígios administrativos, é inocente e irreal. A Administração Pública poderá exercer a mediação e a conciliação de uma forma eficaz, isso é o que desejamos, e desviará da apreciação do Poder Judiciário demandas que nunca deveriam ter abarrotado os tribunais, afinal, administrar também abrange o gerenciamento de crises. Os conflitos, todavia, que apresentarem verdadeiramente pontos controversos, esses, continuarão a ser dirimidos por quem exerce jurisdição.

Os advogados públicos serão os responsáveis por identificar essas demandas e aconselhar os gestores a não insistir em remetê-las para o Poder Judiciário. Serão esses advogados os responsáveis por conduzir a negociação e encontrar um ponto de equilíbrio para um acordo também satisfatório para a Administração pública.

Dimensionar o campo de atuação dos modos consensuais de solução de litígios administrativos é essencial para garantir sua eficácia.

## REFERÊNCIAS

AUBY, Jean-Marie. *La renonciation au bénéfice de la loi en droit public français: Travaux de l'association Henri Capitant*, tome XIII, 1960. p. 511

\_\_\_\_\_. *Les recours administratifs préalables*. AJDA, 1997. p. 10.

CALVÉS, Gwénaële. *Mieux connaître les contentieux de masse l'apport des travaux sociologiques*. RFDA, 2011. p. 477.

FALCAO, Joaquim. *Desestatizar o Judiciário*. Disponível sur: <<http://www.cnj.jus.br/imprensa/artigos/13320-desestatizar-o-judicio>>. Consulté le: 25 septembre 2012.

FISCHER, Nicolas. *Le tribunal administratif à l'épreuve du contentieux de masse*. Premiers résultats d'une étude de sciences sociales réalisée au tribunal administratif de Cergy-Pontoise. RFDA, 2011. p. 481.

GABORIAU, Simone. *À la recherche d'une déjudiciarisation raisonnée et constructive*. LPA, 2012. p. 3.

GAUDEMET, Yves. *Droit administratif*, 19. ed. Paris: LGDJ, 2012.

\_\_\_\_\_. *Approche doctrinale: définition, origines, essai d'explication et perspectives des contentieux de masse*. RFDA, 2011. p. 464.

MOESSA, Luciane. *Meios Consensuais de Solução de Conflitos Envolvendo entes públicos e a Mediação de Conflitos Coletivos*. Tese de Doutorado, 2010, Biblioteca da Universidade Federal de Santa Catarina.

NOURY, Arnold. *Les modes alternatifs peuvent-ils prospérer dans le contentieux administratif*. JCP, 2005. p. 1286.

RIVERO, Jean. A propos de la métamorphose de l'administration d'aujourd'hui: démocratie et administration. *Mélanges offerts à René Savatier*, 1965, p. 821