



Não há direito absoluto de ação contra a administração nos EUA

07/06/2011

O direito administrativo norte-americano reflete tendência que defende um Estado minimalista. Passada a ampliação do intervencionismo estatal que marcou o governo de Franklyn Delano Roosevelt e seu plano, o *New Deal*, assim como a presidência de Lyndon Johnson e seu programa, o *Great Society*, o minimalismo informa tanto administrações democráticas (Bill Clinton), quanto republicanas (Ronald Reagan, George Bush e George W. Bush). Modelo ortodoxo ditou as fases pretéritas da administração pública norte-americana. O gerenciamento científico (*scientific management*), baseado nos estudos de Woodrow Wilson[1] e de Frederick Taylor[2], cedeu à reinvenção dos procedimentos burocráticos, colocando-se a eficiência como paradigma maior[3]. Instrumentalismo e utilitarismo qualificam objetivos, promovendo *maior quantidade de regulamentação e serviços pelo menor custo*[4]. Essa é a nova perspectiva.

Persistem, no entanto, clássicas categorias weberianas, a exemplo de hierarquia e de generalidade[5]. Critérios de seleção transitam da eleição para a indicação do chefe superior[6], modelos *cesaristas*[7], para certames seletivos formatados por meritocracia, fórmulas mais democráticas. Regimes de ações afirmativas (*affirmative action*) plasmam a burocracia com aspectos pluralistas, quando não criticados por causa de discriminações reversas. Tarefas burocráticas multiplicam-se quantitativamente[8], variando do lançamento e cobrança de impostos à coleta do lixo, com estações em todos os momentos que caracterizam a vida na *pólis*, do seguro social à segurança coletiva.

O pragmatismo norte-americano identifica no direito administrativo o estudo das normas que orientam agências governamentais (*administrative agencies*) e funcionários públicos (*officials*) [9]. Dada a falta de significado do municipalismo norte-americano, o direito administrativo daquele país afeta especialmente as administrações federal e estaduais[10]. O presente artigo sobre direito norte-americano generaliza com o objetivo de compreender institutos comuns.

O referencial utilizado será o da administração pública federal norte-americana. As fontes normativas do direito administrativo norte-americano radicam na constituição, no direito legislado (*statutes*)[11], nas construções jurisprudenciais (*case law*), nas regras das agências públicas (*agency rules*) e nas decisões administrativas (*decisions*)[12]. Percebe-se afastamento dos arquétipos básicos da *common law*[13].

Agência pública é todo órgão governamental que não seja militar e que não pertença ao poder judiciário ou ao poder legislativo[14]. A agência pública é a concretização do poder executivo, onde se encontra[15]. Ela pode orientar-se para a regulamentação da vida pública (transporte, alimentos, remédios) ou para a assistência social, ocupando-se com veteranos, idosos, deficientes[16]. No primeiro caso são agências reguladoras (*regulatory agencies*) e no segundo exemplo são agências de assistência (*social welfare agencies*). Agências envolvem-se com tributação (*Internal Revenue Service*), com mercado financeiro (*Securities and Exchange*

Commission), com comércio interestadual (*Interstate Commerce Commission*), com comunicações (*Federal Communications Commision*), com relações trabalhistas (*The National Labor Relations Board*), com segurança social (*Social Security Administration*).

Agências públicas têm poderes para fazer e impor regras, assim como para resolver disputas [17]. Brotam do executivo como órgãos híbridos, poliformes, com competências de regulamentação, imposição e resolução. Coexistem funções legislativas (*rulemaking*) [18] e adjudicatórias (*adjudication*) [19], que se complementam à natureza básica, administrativa. Agências federais vinculam-se ao poder executivo (*executive branch*) quando dependem de secretaria [20] ou são independentes (*independent agencies*), quando coordenadas por grupo diretivo não governamental (*board*).

Agências públicas legislam formal e informalmente; essa última modalidade é a mais comum [21]. A agência legisla informalmente ao noticiar o que pretende regulamentar, recebendo comentários de interessados, e exercendo discricionariedade na produção da regra relativa à matéria anunciada [22]. O procedimento é regulamentado por lei, de modo que a atividade legislativa das agências encontra contornos desenhados pela especificidade do serviço [23]. Regulamentos fazem *as pessoas felizes ou tristes*, como escreveu um administrativista norte-americano [24]. Identificam-se interesses opostos dos grupos atingidos, especialmente em temas ambientais e tributários, nos quais é caudalosa a regulamentação administrativa. Em torno dessas regras gravita o direito administrativo norte-americano:

Se no campo da administração há um ponto primário, esse é o processo legislativo administrativo. Ele está no centro do palco porque virtualmente toda discussão administrativa deveria ser enraizada nesse processo regulamentador. Isso porque a vasta maioria das políticas implementadas pelas agências públicas é produto de um processo de confecção de normas [25].

Elogia-se o modelo porque regulamentação geral por parte das agências do governo poderia ser mais eficiente do que o casuísmo que marcaria a ação administrativa não generalizada [26]. A notícia pública permitiria oportunidade para que a pessoa atingida pela regra fosse ouvida e pudesse opinar [27], em que pese a discricionariedade da agência regulamentadora. A agência governamental deteria o *know-how* que o legislador geral não tem, por suposta falta de especialização e de conhecimento do problema. Há salvaguardas para abuso e arbitrariedade na regulamentação [28], dados o *judicial review* e o controle do legislativo. O Congresso reservou-se o direito de exigir em certos casos formalidade por parte das agências, que devem ouvir testemunhas e coletar provas no procedimento de formulação de regras [29]. Pode haver também requerimento popular para produção de norma administrativa, porém a agência não se obriga a atender ao pedido [30].

Regras interpretativas também são produzidas pela administração. Trata-se de normas para aplicação de regras legislativas em casos especiais, não previstos pelo legislador da norma geral. Não há requisitos nem modelos fixos. A regra interpretativa pode ser deduzida em modelo de perguntas e respostas, as chamadas *FAQs- frequent asked questions*. Não há também fórmula particular para declarações de intenção (*statements of policy*), que são comuns, identificando políticas diretivas do órgão. É comum o uso de conselhos (*advices*) por parte das agências [31]. Essas mensagens normativas obrigam à administração.

As agências públicas também exercem funções julgadoras (*adjudicatories*) no direito constitucional norte-americano. Detém poder de determinar direitos e obrigações de particulares com base na aplicação dos regulamentos a caso específico[32]. Segundo autor norte-americano:

A moderna administração, a par de autoridade para promulgar regulamentos de aplicabilidade geral, está investida com significativos poderes de decisão em casos que afetam pessoas particulares. Isso é verdade nos Estados Unidos e na Inglaterra. De um ponto de vista qualitativo, de fato, a autoridade julgadora das agências administrativas norte-americanas tem um impacto ainda maior do que o da autoridade das cortes de justiça[33].

Tecnicamente, decisões administrativas encetam ordens para partes específicas e produzem precedentes a guiarem provimentos futuros[34], de forma generalizada. Porém, como as decisões não são regularmente publicadas percebe-se certa relatividade no uso do precedente, do *full stare decisis*[35]. Reclamações de benefício de seguro social (*social security*), pedidos junto a autoridades tributárias, são exemplos de entornos de julgamentos administrativos. Negativa direta suscita audiência com juiz administrativo (*administrative law judge*), que não é membro da agência envolvida[36]. O juiz administrativo, após ouvir as partes em audiência (*hearing*) e colher provas (orais e documentais) encaminha recomendação para o responsável pela agência que elaborará a decisão, julgando o caso, em sentido estrito[37]. O procedimento de audiência é regulamentado[38], as testemunhas são ouvidas sob juramento (*under oath*) e permitem-se perguntas e re-perguntas (*cross-examination*) de partes e de advogados[39]. Dessa decisão de primeira instância administrativa cabe apelo para conselhos superiores, organizados nas agências governamentais.

O controle de constitucionalidade dos atos da administração (entre eles a função judicante que as agências governamentais exercem), o *judicial review* é marca do direito norte-americano, centrada no julgamento de *Marbury vs. Madison*[40], em 1803. Mais famoso caso do direito norte-americano, no dizer de William Rehnquist[41], presidente da Suprema Corte daquele país, *Marbury vs. Madison* reservou ao judiciário o poder de dizer o que é constitucional.

Em âmbito prático, julgamentos administrativos são decididos por juízes comuns em primeira instância, com modelos recursais paralelos prescritos pelo processo civil em geral. Mecanismos de controle em face do abuso da discricionariedade do agente público permitem a nulificação de atos administrativos viciados. A assertiva é comprovada com o ativismo procedimental que marca o judiciário norte-americano, cada vez mais interessado em participar no acerto dos atos do executivo[42].

O caso *Goldberg vs. Kelly*[43] pacificou entendimento de que a cláusula do *due process* é absoluta em matéria administrativa. Naquela ocasião a Suprema Corte determinou que benefícios previdenciários não poderiam deixar de ser pagos sem o cumprimento de procedimento investigativo[44]. É que a agência securitária entendia-se intitulada para tal, ao considerar pensões como gratuidades ou privilégios[45], sem conceder ao interessado ampla defesa. A competência do judiciário é ampla em tema de burocracia, *no direito norte-americano*,

da investigação inicial à última decisão da agência governamental, os tribunais são parceiros no processo administrativo[46]. Em âmbito de justiça federal a competência é matéria constitucional[47]. Os recursos administrativos devem ser esgotados[48]. Se pedido de intervenção judicial é deduzido enquanto o processo administrativo encontra-se em andamento regular, haverá negativa judicial para apreciação do feito[49]. Justifica-se a regra com base em princípio que prega economia no uso dos recursos administrativos e judiciais[50].

Administrando, legislando e julgando, as agências públicas norte-americanas exercem os três poderes. A função administrativa é intrínseca às agências na taxinomia de Montesquieu, adotada pelos *founding fathers* do modelo norte-americano[51]. A função legislativa insinua delegação do legislativo[52]. É que *muitas agências operam de acordo com leis que lhes conferem poderes legislativos para formulação de regras que controlam comportamentos privados*[53].

É o caso emblemático da legislação de imposto de renda. O código tributário outorga ao secretário do tesouro o poder de regulamentar impostos federais[54]. Na qualidade de chefe de agência governamental (do *IRS- Internal Revenue Service*) o secretário do tesouro é autorizado a prescrever regras que determinam como as normas do *internal revenue code* devem ser implementadas. A mesma agência do imposto de renda legisla ainda por meio de regulamentos de impostos (*revenue rulings*), cartas normativas (*letter rulings*) e provisões de aquiescência ou de não aquiescência (*acq.* e *nonacq.*), nesse último caso concordando ou discordando com provimentos judiciais em matéria fiscal. O pragmatismo da vida norte-americana exige esse desdobramento de competência legislativa. Assim,

Se a doutrina da separação dos poderes fosse conceito doutrinário para ser utilizado com rigoroso pedantismo, o crescimento da moderna agência administrativa teria sido impossível no sistema norte-americano[55].

O exercício de funções judiciais aparentemente contraria o sentido do artigo III da constituição norte-americana, que qualifica as tarefas do judiciário. Suscita-se suposta tirania administrativa, como já denunciado nos *Ensaio Federalistas*[56]. Juízes administrativos não detêm vitaliciedade (*tenure*)[57]. Seus poderes radicam no artigo I da constituição dos Estados Unidos. Abordagem conceitual funcional (*functional approach*) orienta entendimento que justifica aceitação de tarefas judiciais para órgãos originariamente concebidos para práticas típicas de administração. Suposto interesse do Congresso em eficiência e especialização proporcionaria inexistência de norma contrária ao exercício de funções judiciais pelas agências administrativas[58].

Ações judiciais contra as agências públicas são limitadas pela doutrina da imunidade da administração (*sovereign immunity*)[59], que informa o constitucionalismo norte-americano, desde os pactos (*covenants*) da era colonial[60]. Essa tradição caracteriza o direito administrativo norte-americano. Segundo autor daquele país,

Historicamente os governos federal e estaduais e todas as demais agências do governo, incluindo escolas públicas, hospitais e outros provedores de serviços, são absolutamente

imunes em relação a ações privadas ajuizadas com base em contratos, assim como também em danos decorrentes de negligência ou mesmo conduta dolosa[\[61\]](#).

A situação começou a alterar-se quando se promulgou em 1946 o *FTCA- Federal Tort Claims Act*, autorizando-se o ajuizamento de ações contra a administração federal e seus empregados, com base em negligência ou em ações ou omissões dolosas, em alguns casos. A responsabilidade estatal ainda é muito tênue, limitando-se à oneração pessoal do funcionário responsável pelo dano[\[62\]](#). Apenas o Congresso pode dispensar (*waive*) a imunidade estatal, de forma absoluta[\[63\]](#). Porém, automóvel estatal negligentemente dirigido por funcionário público pode ferir pedestre. Ainda, quebra contratual por parte da administração pode prejudicar o contratante. De acordo com especialista norte-americano, *sistema de direito administrativo que não outorga ao cidadão poder para agir em juízo para recuperar perdas e danos, não passa de sistema esqueletizado*[\[64\]](#). Dados vestígios da doutrina da imunidade estatal no direito administrativo norte-americano, remédios contra a administração pública são menos dirigidos à compensação financeira e mais orientados a ordens específicas para comportamentos de fazer ou de não fazer (*injunctive relief*)[\[65\]](#). São possíveis ações contra funcionários públicos[\[66\]](#), responsabilizando-os pessoalmente por seus atos[\[67\]](#). Juízes não respondem pessoalmente[\[68\]](#). Suas ordens, mesmo quando não autorizadas por lei, são atos judiciais[\[69\]](#).

Desapropriações (*eminent domain*) são feitas em nome de *melhoramento público* (*public improvement*)[\[70\]](#) e verifica-se pagamento do valor do bem desapropriado para o interessado. A matéria ganhou contornos definitivos durante o programa *New Deal* do presidente Franklin Delano Roosevelt, quando obras públicas foram disseminadas como forma de combate ao desemprego. Estradas, ruas e prédios públicos foram construídos e o regime desapropriatório foi usado na obtenção dos espaços que a administração precisava.

Os altos postos da administração pública federal são ocupados por agentes indicados pelo Presidente da República[\[71\]](#), com oitiva e confirmação do senado[\[72\]](#). Esses agentes podem apontar auxiliares próximos, com discricionariedade absoluta e com poder de demitir os escolhidos *ad nutum*[\[73\]](#). Os demais agentes (*civil service employees*) são recrutados mediante certame público (*merit based civil service system*). Trata-se da grande maioria. Calcula-se que de cerca de cinco milhões de servidores públicos apenas três mil são indicações políticas[\[74\]](#). Dependendo da agência pública há limitações quanto a exercícios de direitos por parte de funcionários [\[75\]](#), assim como regimes de relação com o emprego público. Garante-se ao funcionário proteção contra demissão sem justa causa, depois de obtida a estabilidade (*tenure*), em geral, três anos após a posse e efetivo exercício.

Essas são as linhas gerais do direito administrativo norte-americano. Agências públicas legislam, executam e julgam. O *judicial review* e limitações impostas pelo Congresso controlam essa atividade. Não há absoluto direito para propositura de ação contra a administração, por causa dos remanescentes normativos e jurisprudenciais da doutrina da soberania estatal. Agentes públicos podem ser pessoalmente responsabilizados por seus atos, diretamente, sem

intervenção regressiva da administração. Servidores são indicados pelo chefe do executivo ou detém o cargo após aprovação em certame público. Implementam atividades sem as limitações constitucionais ao exercício das funções públicas. Por fim, vislumbra-se tensão entre tendências minimalistas do Estado liberal e necessidade de especialização, eficiência e multiplicação de serviços públicos.

[1] Woodrow Wilson, *The Study of Administration*.

[2] Frederick Taylor, *The Principles of Scientific Management*.

[3] David H. Rosenbloom e Rosemary O'Leary, *Public Administration and Law*, pgs. 10 e ss.

[4] David H. Rosenbloom e Rosemary O'Leary, op.cit., pg. 17. Tradução e adaptação livre do autor. (...) the greatest amount of regulation and service for the least cost.

[5] Max Weber, *Economy and Society*, pgs. 957 e 958.

[6] Max Weber, op.cit., pg. 960.

[7] Max Weber, op.cit., pg. 961.

[8] Max Weber, op.cit., pgs. 969 e ss.

[9] William Burnham, *Introduction to the Law and Legal System of the United States*, pg. 196.

[10] William Burnham, op.cit., loc.cit.

[11] Principalmente o APA, *Administrative Procedural Act*, de 1946, com emendas posteriores, a exemplo do FOIA- *Freedom of Information Act*, de 1966.

[12] E. Allan Farnsworth, *An Introduction to the Legal System of the United States*, pg. 152.

[13] Morton J. Horwitz, *The Transformation of American Law, 1870-1960*, pgs. 213 e ss.

[14] William Burnham, op.cit., loc.cit. *Federal Administrative Procedure Act*, 5 U.S.C. § 551.

[15] Bernard Schwartz, *Administrative Law*, in Alan B. Morrison (ed.), *Fundamentals of American Law*, pg. 130.

[16] William Burnham, op.cit., pg. 196.

[17] William Burnham, op.cit., loc.cit.

[18] William F. Fox, Jr., *Understanding Administrative Law*, pg. 11.

[19] William F. Fox, Jr., op.cit., loc.cit.

[20] Equivalente ao nosso "ministério".

[21] William Burnham, op.cit., pg. 197.

[22] John O. Haley, *Administrative Law*, in David S. Clark e Tugrul Ansay (ed.), *Introduction to the Law of the United States*, pg. 102.

[23] *American Procedural Act*, § 553.

[24] William F. Fox, Jr., op.cit., pg. 123. Tradução e adaptação livre do autor. (..) *it is the substance of agency rules that make people happy or sad*.

[25] Kenneth F. Warren, *Administrative Law in the American Political System*, pg. 234.

Tradução e adaptação livre do autor. If the field of administrative law has a primary focal point, it would have to be rule-making. Rule-making is at center stage among other administrative topics since virtually every discussion involving administrative law issues would almost have to be rooted in the rule-making process. This is so because the vast majority of agency policies are the product of the rule-making process.

[26] Ernest Gellhorn e Ronald M. Levin, *Administrative Law and Process*, pg. 309.

[27] Peter Woll, *Administrative Law, The Informal Process*, pg. 31.

[28] Ernest Gelhorn e Ronald M. Levin, op. cit., pg. 161.

[29] William Burnham, op.cit., pg. 198.

[30] William Burnham, op.cit., loc.cit.

[31] William Burnham, op.cit., pg. 199.

[32] William Burnham, op.cit.,loc.cit.

[33] Bernard Schwartz, *An Introduction to American Administrative Law*, pg. 76. Tradução e adaptação livre do autor. Modern administration, in addition to its authority to promulgate rules and regulations of general applicability, is vested with significant powers of decision in cases affecting particular persons. This is as true in the United States as it is in Britain. From a quantitative point of view, indeed, the adjudicatory authority of American administrative agencies has an even greater impact than the authority of the courts.

[34] Kenneth F. Warren, op.cit., pg. 270.

[35] William Burnham, op.cit.,pg. 202.

[36] William Burnham, op.cit.,pg. 200.

[37] William Burnham, op.cit.,pg. 201.

[38] *American Procedural Act*, § 555.

[39] William F. Fox, Jr., op.cit., pg. 171.

- [40] 5 U.S. 137, 1803.
- [41] William H. Rehnquist, *The Supreme Court*, pg. 35.
- [42] Kenneth F. Warren, op.cit., pgs. 368 e ss.
- [43] 397 U.S. 254, 1970.
- [44] William F. Fox, Jr., op.cit., pg. 213.
- [45] Ernest Gellhorn e Ronald M. Levin, op.cit., pg. 197.
- [46] John O. Haley, op.cit., pg. 106. Tradução e adaptação livre do autor. In American law and practice, from the initial investigation to the ultimate implementation of an agency decision, courts are partners in the administrative process.
- [47] Constituição dos Estados Unidos da América, *Article III*.
- [48] William Burnham, op.cit., pg. 207.
- [49] Ernest Gellhorn e Ronald M. Levin, op.cit., pgs. 378 e 379.
- [50] William Burnham, op.cit., loc.cit.
- [51] Constituição dos Estados Unidos da América, *Article II*.
- [52] William Burnham, op.cit., pg. 216.
- [53] Ernest Gellhorn e Ronald M. Levin, op.cit., pg. 9. Tradução e adaptação livre do autor. Many agencies operate under statutes that give them legislative power to issue rules which control private behavior.
- [54] *Internal Revenue Code*, Sec. § 7895 A.
- [55] Bernard Schwartz, op.cit., pg. 28. Tradução e adaptação livre do autor. If the doctrine of the separation of powers were a doctrinaire concept to be made use of with pedantic rigor, the rise of the modern administrative agency would have been an impossibility in the American system.
- [56] James Madison, *Federalist Papers*, *Paper Number 47*.
- [57] William Burnham, op.cit., pg. 217.
- [58] William Burnham, op.cit., pg. 218.
- [59] William Burnham, op.cit., pg. 220.
- [60] Donald S. Lutz, *The Origins of American Constitutionalism*, pgs. 23 e ss.
- [61] John O. Haley, op.cit., pg. 110. Tradução e adaptação livre do autor. Historically, both federal and state governments and all public agencies, including public schools, hospitals, and

other service providers, were absolute immune from private suits based on contract as well as those for tort damages for negligent or even willful conduct.

[62] John O. Haley, *op.cit.*, pg. 111.

[63] William Burnham, *op.cit.*, pg. 221.

[64] Bernard Schwartz, *op.cit.* pg. 218. Tradução e adaptação livre do autor. A system of administrative law that fails to provide the citizen with an action in damages to make him whole in such cases is actually but a skeletonized system.

[65] William Burnham, *op.cit.*, loc.cit.

[66] William Burnham, *op.cit.*, pg. 223.

[67] Bernard Schwartz, *op.cit.*, pg. 219.

[68] *Caso Stump vs. Sparkman*, 435 U.S. 349 (1978).

[69] William Burnham, *op.cit.*, pg. 224.

[70] William Burnham, *op.cit.*, pg. 464.

[71] Constituição dos Estados Unidos da América, *Article II*, § 2, *cl. 2*.

[72] William Burnham, *op.cit.*, pg. 211.

[73] William Burnham, *op.cit.*, loc. cit.

[74] William Burnham, *op.cit.*, pg. 213.

[75] Robert O'Neil, *The Rights of Government Employees*, pg. 16.

Fonte: <https://conjur.jumps.com.br/2011-jun-07/nao-direito-absoluto-acao-administracao-eua/>