

ano 17 - n. 69 | julho/setembro - 2017
Belo Horizonte | p. 1-270 | ISSN 1516-3210 | DOI: 10.21056/aec.v17i69
A&C – R. de Dir. Administrativo & Constitucional
www.revistaaec.com

A&C

**Revista de Direito
ADMINISTRATIVO
& CONSTITUCIONAL**

**A&C – ADMINISTRATIVE &
CONSTITUTIONAL LAW REVIEW**

A&C – REVISTA DE DIREITO ADMINISTRATIVO & CONSTITUCIONAL

IPDA

Instituto Paranaense
de Direito Administrativo



© 2017 Editora Fórum Ltda.

Todos os direitos reservados. É proibida a reprodução total ou parcial, de qualquer forma ou por qualquer meio eletrônico ou mecânico, inclusive através de processos xerográficos, de fotocópias ou de gravação, sem permissão por escrito do possuidor dos direitos de cópias (Lei nº 9.610, de 19.02.1998).



Luís Cláudio Rodrigues Ferreira
Presidente e Editor

Av. Afonso Pena, 2770 – 15ª andar – Savassi – CEP 30130-012 – Belo Horizonte/MG – Brasil – Tel.: 0800 704 3737
www.editoraforum.com.br / E-mail: editoraforum@editoraforum.com.br

Impressa no Brasil / Printed in Brazil / Distribuída em todo o Território Nacional

Os conceitos e opiniões expressas nos trabalhos assinados são de responsabilidade exclusiva de seus autores.

A246 A&C : Revista de Direito Administrativo &
Constitucional. – ano 3, n. 11, (jan./mar.
2003) - - Belo Horizonte: Fórum, 2003-

Trimestral
ISSN: 1516-3210

Ano 1, n. 1, 1999 até ano 2, n. 10, 2002 publicada
pela Editora Juruá em Curitiba

1. Direito administrativo. 2. Direito constitucional.
I. Fórum.

CDD: 342
CDU: 342.9

Coordenação editorial: Leonardo Eustáquio Siqueira Araújo
Capa: Igor Jamur
Projeto gráfico: Walter Santos

Periódico classificado no Estrato A2 do Sistema Qualis da CAPES - Área: Direito.

Qualis – CAPES (Área de Direito)

Na avaliação realizada em 2017, a revista foi classificada no estrato A2 no Qualis da CAPES (Área de Direito).

Entidade promotora

A *A&C – Revista de Direito Administrativo e Constitucional*, é um periódico científico promovido pelo Instituto de Direito Romeu Felipe Bacellar com o apoio do Instituto Paranaense de Direito Administrativo (IPDA).

Foco, Escopo e Público-Alvo

Foi fundada em 1999, teve seus primeiros 10 números editorados pela Juruá Editora, e desde o número 11 até os dias atuais é editorada e publicada pela Editora Fórum, tanto em versão impressa quanto em versão digital, sediada na BID – Biblioteca Digital Fórum. Tem como principal objetivo a divulgação de pesquisas sobre temas atuais na área do Direito Administrativo e Constitucional, voltada ao público de pesquisadores da área jurídica, de graduação e pós-graduação, e aos profissionais do Direito.

Linha Editorial

A linha editorial da *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, estabelecida pelo seu Conselho Editorial composto por renomados juristas brasileiros e estrangeiros, está voltada às pesquisas desenvolvidas na área de Direito Constitucional e de Direito Administrativo, com foco na questão da efetividade dos seus institutos não só no Brasil como no Direito comparado, enfatizando o campo de intersecção entre Administração Pública e Constituição e a análise crítica das inovações em matéria de Direito Público, notadamente na América Latina e países europeus de cultura latina.

Cobertura Temática

A cobertura temática da revista, de acordo com a classificação do CNPq, abrange as seguintes áreas:

- Grande área: Ciências Sociais Aplicadas (6.00.00.00-7) / Área: Direito (6.01.00.00-1) / Subárea: Teoria do Direito (6.01.01.00-8) / Especialidade: Teoria do Estado (6.01.01.03-2).
- Grande área: Ciências Sociais Aplicadas (6.00.00.00-7) / Área: Direito (6.01.00.00-1) / Subárea: Direito Público (6.01.02.00-4) / Especialidade: Direito Constitucional (6.01.02.05-5).
- Grande área: Ciências Sociais Aplicadas (6.00.00.00-7) / Área: Direito (6.01.00.00-1) / Subárea: Direito Público (6.01.02.00-4) / Especialidade: Direito Administrativo (6.01.02.06-3).

Indexação em Bases de Dados e Fontes de Informação

Esta publicação está indexada em:

- Ulrich's Periodicals Directory
- Latindex
- Directory of Research Journals Indexing
- Universal Impact Factor
- CrossRef
- Google Scholar
- RVBI (Rede Virtual de Bibliotecas – Congresso Nacional)
- Library of Congress (Biblioteca do Congresso dos EUA)
- MIAR - Information Matrix for the Analysis of Journals
- WorldCat
- BASE - Bielefeld Academic Search Engine

Processo de Avaliação pelos Pares (Double Blind Peer Review)

A publicação dos artigos submete-se ao procedimento *double blind peer review*. Após uma primeira avaliação realizada pelos Editores Acadêmicos responsáveis quanto à adequação do artigo à linha editorial e às normas de publicação da revista, os trabalhos são remetidos sem identificação de autoria a dois pareceristas *ad hoc* portadores de título de Doutor, todos eles exógenos à Instituição e ao Estado do Paraná. Os pareceristas são sempre Professores Doutores afiliados a renomadas instituições de ensino superior nacionais e estrangeiras.

Por que ter tribunais administrativos?*

Why have administrative courts?

Peter Cane**

University of Cambridge (Reino Unido)

peter.cane@anu.edu.au

Recebido/Received: 22.03.2017 / March 22th, 2017

Aprovado/Approved: 13.08.2017 / August 13th, 2017

Resumo: Este artigo apresenta o conceito de “justiça administrativa”, que ultimamente tem se tornado cada vez mais popular no mundo anglófono da *common law*. Dessa forma, explora o que tal conceito pode significar quando aplicado aos tribunais administrativos (*administrative tribunals*). Nos sistemas jurídicos inglês e australiano, os tribunais oferecem alternativas às cortes (*courts*) para a revisão das decisões administrativas. O artigo centra-se particularmente na Austrália, que tem um sistema altamente desenvolvido de tribunais administrativos, e onde as cortes podem rever as decisões administrativas no que concerne à sua “legalidade”, enquanto que os tribunais revisam o mérito dessas decisões. Tal distinção entre legalidade e mérito tem várias implicações para a compreensão de como os tribunais prestam “justiça” e que espécie de justiça é oferecida. Na Austrália, os tribunais são valorizados porque propiciam uma versão particular de justiça administrativa diversa daquela oferecida pelas cortes, o que se reflete em parte na forma pela qual operam os tribunais.

Palavras-chave: Justiça administrativa. Tribunais administrativos. Processo administrativo. Legalidade. Mérito.

Abstract: This article introduces the concept of “administrative justice”, which has become increasingly popular in the Anglophone, common-law world in recent years. It then explores what the concept might mean when applied to administrative tribunals. In the English and Australian legal systems, tribunals provide alternatives to courts for reviewing government decisions. The article focuses particularly on Australia, which has a highly developed system of administrative tribunals. In Australia, courts can review government decisions to determine their “legality”, whereas tribunals review decisions “on their merits”. This distinction

Como citar este artigo/*How to cite this article:* CANE, Peter. Por que ter tribunais administrativos?. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 17, n. 69, p. 77-110, jul./set. 2017. DOI: 10.21056/aec.v17i69.484.

* Traduzido por Juliana Perlingeiro, Acadêmica de Direito da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro (Rio de Janeiro-RJ, Brasil). Revisão da tradução por Alexandre da Silva Arruda, Juiz Federal na Seção Judiciária do Rio de Janeiro, e Doutorando no Programa de Pós-Graduação Justiça Administrativa da Universidade Federal Fluminense (Niterói-RJ, Brasil).

** Yorke Distinguished Visiting Fellow na Faculdade de Direito da University of Cambridge (Cambridge, Reino Unido). Nos 20 anos iniciais da sua carreira, Peter Cane lecionou no Corpus Christi College Oxford (Inglaterra), sucessivamente como *tutor* e *lecturer*, *reader* e *professor*. Foi Distinguished Professor of Law na Australian National University (Camberra, Austrália) entre 2007 e 2016. *E-mail:* <peter.cane@anu.edu.au>.

between legality and merits has various implications for the understanding of how tribunals provide “justice” and what sort of justice they provide. In Australia, tribunals are valued because they provide a particular version of administrative justice different from that provided by courts. This difference is reflected partly in the way tribunals operate.

Keywords: Administrative justice. Administrative tribunals. Review procedure. Legality. Merits.

Sumário: **1** Introdução – **2** O que é justiça administrativa? – **3** Uma fórmula para a justiça administrativa em tribunais? – **4** Competência dos tribunais – **5** Legitimidade de agir – **6** Processos – **7** Alternativas para o modo paradigma – **8** Recursos – **9** Conclusão – Referências

1 Introdução

Esse estudo é uma versão revisada e adaptada do capítulo 6 do livro *Administrative tribunals and adjudication*.¹ A expressão *administrative adjudication* no título do livro se refere à revisão das decisões administrativas, tais como as decisões que concedem ou negam um benefício da seguridade social ou uma concessão de telecomunicações. Tal revisão envolve tipicamente um processo tripartite no qual uma terceira parte neutra adjudica (no sentido de julgar) a partir de argumentos a favor e contra a decisão sob revisão. A elaboração de decisões iniciais em si (sobre benefícios ou licenças, por exemplo) envolve o que devemos denominar “implementação” em oposição à “adjudicação”.²

Em alguns sistemas de *civil law* (especialmente na França), a revisão de decisões iniciais (adjudicação administrativa) é procedida por cortes administrativas, que se situam ao lado das cortes civis (ou ordinárias). Em muitos sistemas de *common law* (como Inglaterra e Austrália), só existe um tipo de corte (*court*) e o papel das cortes administrativas no sistema francês é preenchido, efetivamente, pelos chamados “tribunais”.

Contudo, em tais sistemas, as cortes, assim como os tribunais, podem rever as decisões administrativas. A revisão por cortes é denominada *judicial review* (revisão judicial), enquanto que a revisão por tribunais é chamada de *merits review* (revisão de mérito) ou *appeal* (apelação). *Judicial review* e *merits review* se distinguem de forma significativa, o que é explorado de forma detalhada no capítulo 5 do livro *Administrative tribunals and adjudication*. Em resumo, a tarefa de uma corte que exerce *judicial review* é decidir se a autoridade que decidiu inicialmente (*the decider*) cometeu algum erro na tomada da decisão; em caso afirmativo, deve-se exigir que

¹ CANE, Peter. *Administrative tribunals and adjudication*. Oxford: Hart Publishing, 2009.

² No sistema norte-americano, contudo, o termo *adjudicação* refere-se tanto à elaboração da decisão inicial (frequentemente chamada de “adjudicação informal”) quanto à revisão das decisões iniciais (frequentemente chamada de “adjudicação formal”).

tal autoridade refaça o procedimento de elaboração da decisão sem repetir os erros. Por outro lado, a tarefa de um tribunal que procede à *merits review* é assegurar que a decisão inicial seja a “correta ou preferível”; e, se não for, o tribunal deve substituir a decisão da autoridade pela decisão correta e preferível.

Apesar dessa diferença, nos últimos anos tem se tornado cada vez mais comum afirmar que, quando as decisões administrativas são revisadas, tanto os tribunais como as cortes encontram-se no ramo da prestação de “justiça administrativa”. Na primeira parte do estudo, exploraremos o que isso pode significar. Em geral, o uso da expressão em relação às cortes e aos tribunais não distingue claramente o que as cortes realizam quando revisam as decisões administrativas e a forma como os tribunais procedem. Portanto, a segunda tarefa deste estudo é detalhar o conceito de justiça administrativa como aplicado particularmente aos tribunais.

2 O que é justiça administrativa?

Nesse contexto, como em muitos outros, a palavra “justiça” é frequentemente utilizada de forma ambígua: por vezes descritiva – como na expressão “sistema de justiça administrativa” (ou criminal ou civil) e “administração da justiça”; e, outras vezes, de modo prescritivo – como no termo “justiça natural” (referindo-se a dois princípios básicos de justiça processual [*procedural fairness*] – o de que a autoridade responsável pela decisão deve ser imparcial e o de que a pessoa afetada por uma decisão deve ser autorizada a participar do processo de elaboração da decisão). Os usos descritivos do termo são consistentes com a justiça e a injustiça no sentido prescritivo. Em outras palavras, o “sistema de justiça administrativa” pode produzir resultados injustos e justos. Precisamos ter cuidado ao distinguir esses dois sentidos de “justiça”.

Nos últimos anos, a linguagem da justiça administrativa ganhou ampla aceitação, especialmente no Reino Unido. Uma compreensão muito ampla e descritiva do conceito foi incluída no *Tribunals, Courts and Enforcement Act 2007 (TCE Act)* em uma declaração das funções do Conselho de Justiça Administrativa e de Tribunais (que já não existe). O *Act* define o “sistema de justiça administrativa” como

o sistema global através do qual são tomadas as decisões de natureza administrativa ou executiva em relação a determinadas pessoas, incluindo – (a) os procedimentos para a tomada de tais decisões; (b) a norma sob a qual tais decisões são adotadas; e (c) os sistemas para resolver disputas e transmitir reclamações em relação a tais decisões.³

³ PARLIAMENT OF THE UNITED KINGDOM. *Tribunals, Courts and Enforcement Act (TCE Act)*, Sch 7, Clause 13.

Nessa definição, a justiça administrativa engloba os processos de tomada de decisão, as regras e normas de direito público substantivo e as instituições que controlam a tomada de decisão inicial. Enfatizando as instituições, um documento de consulta do governo britânico de 2007 descrevia a justiça administrativa de forma a abranger

as autoridades responsáveis pelas decisões iniciais, aquelas que reconsideram as decisões, *Ombudsmen* e outras instituições independentes para apresentar demandas, os tribunais e cortes, e a forma como funciona o sistema que eles produzem a partir de suas atuações individuais.⁴

De acordo com o mesmo documento, “a justiça administrativa é hoje amplamente reconhecida como uma parte separada do sistema judiciário em si mesmo”.⁵ A justiça (segundo declara o documento),

pode ser útilmente subdividida: criminal, civil, administrativa, de família, do trabalho, da habitação e assim por diante. Há espaço para debate sobre quantos “sistemas de justiça” existem, os limites precisos entre eles, e até que ponto eles se sobrepõem. Mas o ponto essencial é que a justiça, dentro de cada um desses sistemas, é proporcionada não apenas pelas *cortes*, mas por uma série de instituições e mecanismos interligados.⁶

Essas considerações não aparecem do nada e são ricas em conteúdo ideológico. Em parte, elas são uma reação ao grande e descoordenado crescimento, nos últimos 40 anos, de uma série de instituições que estão todas, de uma forma ou de outra, preocupadas com a responsabilização do governo. Elas sustentam e justificam um programa de construção desses vários tipos de instituições em algum modelo de “sistema”, concebido para promover eficácia, eficiência e acessibilidade. O pressuposto empírico plausível subjacente é que a confusão causada pelo grande número e variedade de vias e instituições para reclamações (*grievance-handling*) representa significativa barreira de acesso para muitas pessoas, dificultando a efetiva resolução das genuínas reclamações dos cidadãos em face do governo. Nesse relato de justiça administrativa, um sistema normativamente justo é aquele em que as barreiras ao acesso às instituições de justiça administrativa são mínimas.

⁴ MINISTRY OF JUSTICE OF UNITED KINGDOM. *Transforming Tribunals: Implementing Part 1 of the Tribunals, Courts and Enforcement Act 2007*, Consultation Paper CP 30/07. London: Ministry of Justice, 2007. p. 12.

⁵ MINISTRY OF JUSTICE OF UNITED KINGDOM. *Transforming Tribunals: Implementing Part 1 of the Tribunals, Courts and Enforcement Act 2007*, Consultation Paper CP 30/07. London: Ministry of Justice, 2007. p. 11.

⁶ MINISTRY OF JUSTICE OF UNITED KINGDOM. *Transforming Tribunals: Implementing Part 1 of the Tribunals, Courts and Enforcement Act 2007*, Consultation Paper CP 30/07. London: Ministry of Justice, 2007. p. 115.

Um segundo aspecto da justiça administrativa é encapsulado pela expressão “resolução proporcional da disputa” (PDR), uma ideia que desempenhou um papel significativo no *White Paper* em 2004, dedicado, principalmente, aos planos do Reino Unido para a reforma do tribunal.⁷ O núcleo desse conceito “é a ideia de que as políticas e os serviços devem ser adaptados às necessidades particulares das pessoas em contextos diferentes, afastando-se da flexibilidade limitada dos sistemas existentes”.⁸

A PDR pode talvez ser vista como a sucessora da ADR (resolução alternativa da disputa). Originalmente, entendia-se que os tribunais prestavam uma forma de ADR, ao menos na medida em que adotavam métodos de operação inquisitoriais e não os adversariais, que tradicionalmente representavam uma espécie de “paradigma” do processo de resolução de disputas. Mais recentemente, os debates sobre a ADR passaram a centrar-se mais nos métodos (tais como “avaliação neutra precoce” [*early neutral evaluation*],⁹ mediação e negociação) pelos quais as disputas podem ser tratadas com maior informalidade, eficiência, flexibilidade e rapidez do que é normalmente possível em cortes ou tribunais.

A PDR pode ser entendida como uma tentativa de substituir o modo de pensar a ADR – em termos de uma forma (adversarial) paradigmática de resolução de disputas, complementada por uma série de alternativas (como o processo inquisitorial) – por um esquema no qual instituições e modos de resolução de disputas são organizados em uma espécie de sequência do menos formal para o mais formal, e do mais simples para o mais complexo. Nesse quadro, o sistema PDR resultante seria idealmente abordado através de um único acesso. Os participantes receberiam mapas do sistema e, possivelmente, algum tipo de etapa de triagem. O objetivo seria encontrar o método de resolução mais adequado para cada disputa individual sem qualquer presunção inicial em favor de um método ou de outro – *horses for courses* (diferentes meios para diferentes fins), como diz o ditado.

Teoricamente, o conceito de PDR é altamente complexo e sua implementação prática é passível de enfrentar enormes desafios. Seja como for, sua promoção implica que um sistema justo de justiça administrativa é aquele em que cada disputa em particular seja resolvida pelo mais apropriado de um conjunto de mecanismos disponíveis de resolução de disputas.

Uma terceira vertente no pensamento recente sobre a justiça administrativa se concentra na tomada de decisão inicial (ou “primária”). A ideia básica é que a justiça

⁷ DEPARTMENT OF CONSTITUTIONAL AFFAIRS. *Transforming Public Services: Complaints, Redress and Tribunals*. London: HMSO, 2004.

⁸ DEPARTMENT OF CONSTITUTIONAL AFFAIRS. *Transforming Public Services: Complaints, Redress and Tribunals*. London: HMSO, 2004. §2.4.

⁹ ADLER, Michael. Tribunal reform: proportionate dispute resolution and the pursuit of administrative justice. *The Modern Law Review*, London, v. 69, n. 6, p. 958-985, 2006. p. 958; 976-977.

administrativa se preocupe não apenas com a promoção da *accountability* e com a revisão justa e eficiente das decisões iniciais, mas também com a qualidade das decisões iniciais; e que é mais provável que a justiça administrativa seja promovida dentro da burocracia do que por meio do recurso a mecanismos de *accountability* externa e de revisão. Nas palavras do *White Paper* de 2004, o objetivo é garantir

que o quadro jurídico que define os direitos e responsabilidades das pessoas seja tão justo, simples e claro quanto possível e que as agências do Estado, que administram sistemas como impostos e benefícios, tomem melhores decisões e deem explicações mais claras.¹⁰

Assim entendido, o projeto de melhorar a qualidade da tomada de decisão administrativa vai além não só da ideia de que as instituições de *accountability* podem desempenhar uma “função normativa” de ajudar a melhorar os padrões de tomada de decisão inicial,¹¹ mas também do que Jerry Mashaw chama de *the management side of due process* – a ideia de que as práticas de recrutamento, os programas de treinamento, as técnicas de gestão e o monitoramento interno são, pelo menos, tão importantes quanto o controle externo das decisões individuais em matéria de criação e manutenção dos padrões de tomada de decisões burocráticas.¹² De acordo com a abordagem do *White Paper*, a justiça administrativa também engloba, aparentemente, a essência do “direito público”, que define os direitos e deveres das pessoas.

Por mais ilusória que seja essa visão, é válido concentrar a atenção nos aspectos processuais e substantivos da “justiça”. Para voltar a citar o *White Paper* de 2004:

Cada um de nós tem o direito de esperar que as instituições do Estado tomem as decisões certas sobre as nossas circunstâncias individuais [...] [O] trabalho [das autoridades decisórias] é obter [...] decisões [...] certas. O trabalho daqueles que organizam e lideram os departamentos e agências é estabelecer, manter e melhorar, constantemente, os sistemas que permitirão que as autoridades responsáveis pelas decisões individuais tomem as decisões corretamente [...]. Esta é a esfera da justiça administrativa.¹³

De acordo com esse relato, ser tratado com justiça é ser tratado de acordo com as normas aplicáveis. Nessa passagem, a palavra *right* não deve ser lida de forma

¹⁰ DEPARTMENT OF CONSTITUTIONAL AFFAIRS. *Transforming Public Services: Complaints, Redress and Tribunals*. London: HMSO, 2004. §2.3.

¹¹ Para uma maior discussão, veja CANE, Peter. *Administrative tribunals and adjudication*. Oxford: Hart Publishing, 2009. Section 5.5.

¹² MASHAW, Jerry L. The management side of due process. *Cornell Law Review*, New York, v. 59, n. 5, p. 772, 1974.

¹³ DEPARTMENT OF CONSTITUTIONAL AFFAIRS. *Transforming Public Services: Complaints, Redress and Tribunals*. London: HMSO, 2004. §§1.3-1.6.

a implicar que cada disputa tenha uma resolução excepcionalmente aceitável. Seria melhor substituir *right* por algo como “correto ou preferível”, dando a possibilidade de que mais de uma decisão possa ser aceita. A decisão substancialmente justa em qualquer caso particular é a decisão que é correta ou preferível no caso.

Talvez a discussão acadêmica mais influente sobre a justiça substantiva no contexto da tomada de decisão administrativa seja a de Jerry Mashaw, em seu livro inovador *Bureaucratic justice*.¹⁴ Mashaw usa o termo *justice* na expressão *bureaucratic justice*, prescritivamente, para significar “aquelas qualidades de um processo de decisão que fornece argumentos para a aceitabilidade de suas decisões”.¹⁵ De acordo com Mashaw, um processo de tomada de decisão é justo se ele produz decisões que podem ser aceitas como “legítimas”. Em outras palavras, Mashaw se preocupa com o que torna as decisões “corretas ou preferíveis”.

Em resposta a essas perguntas, Mashaw oferece três “estruturas de argumento justificativo” ou “modelos de justiça”, que ele chama, respectivamente, de “racionalidade burocrática”, “tratamento profissional” e “julgamento moral”. Ao compreender esses modelos, é importante notar que o estudo de Mashaw está preocupado com a administração de benefícios de invalidez de seguridade social (isto é, com a tomada de decisão inicial). “Tratamento profissional” refere-se, particularmente, aos elementos médicos da tomada de decisão do benefício de invalidez. Trata-se de lidar com indivíduos, não de acordo com as normas aplicáveis, mas com as suas necessidades, a fim de promover o seu bem-estar (como definido por padrões profissionais), em vez de conferir efetividade aos seus direitos. Por outro lado, tanto a racionalidade burocrática quanto o julgamento moral diz respeito à aplicação de normas relevantes a casos individuais. Ambos exigem um equilíbrio a ser atingido entre os objetivos sociais das normas relevantes e os interesses dos indivíduos a cujas circunstâncias estão sendo aplicadas, mas com ênfases diferentes: em casos de conflito entre objetivos sociais e interesses individuais, a racionalidade burocrática favorece os objetivos sociais, enquanto que o juízo moral favorece os interesses do indivíduo.¹⁶

A conclusão normativa de Mashaw é que, como um modo de tomada de decisão inicial (o que eu chamo de “implementação”), a racionalidade burocrática é uma “forma mais promissora de justiça administrativa” do que o julgamento moral. Isso porque “permite a efetiva busca de fins coletivos sem sacrificar, desordenadamente, ideais individualistas ou democráticos”. No livro, Mashaw tem pouco a dizer sobre o que estou chamando de “adjudicação”; e, assim, seu argumento e sua conclusão

¹⁴ MASHAW, Jerry L. *Bureaucratic justice: managing social security disability claims*. New Haven and London: Yale University Press, 1983.

¹⁵ MASHAW, Jerry L. *Bureaucratic justice: managing social security disability claims*. New Haven and London: Yale University Press, 1983. p. 24-25.

¹⁶ Para uma maior discussão, veja CANE, Peter. *Administrative tribunals and adjudication*. Oxford: Hart Publishing, 2009. Section 1.2.2.

são menos relevantes para o foco deste estudo, que não é a tomada de decisão inicial, mas sim a revisão da tomada de decisão inicial por cortes e tribunais.

A preocupação aqui não é com modos alternativos de decisão primária, mas com a relação e a interação entre a implementação e a adjudicação, em um sistema em que o primeiro é o modo aceito de tomada de decisão primária, e o último o modo aceito de revisão. Mesmo assim, a conclusão de Mashaw não deixa de ter implicações para o papel dos tribunais administrativos. Por exemplo, uma preferência normativa pela racionalidade burocrática como modo dominante de implementação sugeriria que os tribunais deveriam, em geral, adotar uma atitude de deferência em relação às decisões das autoridades administrativas iniciais; e, em particular (por exemplo), que eles devem geralmente aplicar a política do governo mesmo à custa de alguma injustiça para com o indivíduo. Pode sugerir também que os *tribunais* devem levar em conta as considerações de eficiência ao impor restrições processuais às autoridades administrativas iniciais. Nesse contexto, a implementação e a adjudicação podem ser entendidas não como modos concorrentes de justiça, mas como elementos de um conceito complexo e de vários níveis de justiça administrativa.

A preocupação final da justiça administrativa é a aceitabilidade e a legitimidade das decisões das agências governamentais que afetam os cidadãos individuais e dos processos e instituições para a tomada da decisão primária. A adjudicação administrativa por cortes e tribunais pode contribuir para a realização desse objetivo final, fornecendo recursos para a resolução de disputas e reclamações sobre a tomada de decisão primária. A afirmação de uma decisão por um adjudicador pode torná-la mais aceitável para o(s) cidadão(s) adversamente afetado(s). Nos casos em que uma decisão é alterada ou uma decisão substituta é tomada por um adjudicador, desde que a decisão deste seja considerada aceitável, ela pode contribuir para manter ou aumentar a aceitabilidade do processo de tomada de decisão em geral, incluindo os processos decisórios primários.

Michael Adler baseou-se na abordagem de Mashaw ao identificar três outros modelos de justiça administrativa, além daqueles discutidos por Mashaw.¹⁷ Ele chama os modelos de “gerencial”, “consumista” e “de mercado”. Não é claro que eles sejam todos modelos de “justiça” no sentido dos critérios de Mashaw sobre legitimidade de decisão. O gerenciamento, no sentido de ser uma preocupação com a eficiência das organizações burocráticas, pode certamente ter implicações nas tomadas de decisão sobre os indivíduos; mas não fornece obviamente um critério para julgar a sua aceitabilidade. Por exemplo, se uma autoridade decisória é obrigada a “aumentar a produtividade”, lidando com mais casos do que anteriormente em determinado período de tempo ou com determinados recursos, isso pode prejudicar

¹⁷ ADLER, Michael. Fairness in context. *Journal of Law and Society*, Wales, v. 33, n. 4, p. 615-638, 2006. p. 615.

a capacidade da autoridade decisória de tomar decisões corretas e preferíveis. Isso tornaria o gerenciamento uma possível causa de injustiça e não um critério de justiça. Por outro lado, na medida em que o gerenciamento se preocupa com a eficiência e a oportunidade, ele pode contribuir para a legitimidade do sistema de tomada de decisão como um todo e, dessa forma, contribuir indiretamente para a legitimidade das decisões individuais. Como diz Mashaw,¹⁸ a legitimidade depende de se alcançar um equilíbrio aceitável entre acurácia e custo-efetividade; e isso, para ele, é a essência da racionalidade burocrática.

Adler associa o consumismo ao fornecimento de oportunidades para a participação do cidadão na tomada de decisões e na reparação de reclamações individuais. Mashaw poderia considerar a participação não como um critério independente de legitimidade, mas como um aspecto de seu modelo de julgamento moral: um bom procedimento é certamente um aspecto de justiça, mas apenas um aspecto. Qualquer modelo de justiça na tomada de decisão terá elementos substantivos e processuais. A prestação de reparação (*provision of redress*) não pode ser um critério de aceitabilidade porque pressupõe que a pessoa afetada (com razão) considera a decisão inaceitável.

O modelo de mercado, por outro lado, produz um modo de agir – competição pelos recursos disponíveis – e um critério de tomada de decisão – a alocação de recursos para o seu maior valor de uso. Pode haver áreas em que a alocação de recursos pelo governo numa base competitiva é considerada aceitável e até desejável. Por exemplo, as aquisições governamentais de bens e serviços são, em grande medida, conduzidas segundo princípios de mercado; e as concessões de telecomunicações podem ser distribuídas com base em uma concorrência. Além disso, é claro que a aceitação do modelo de mercado como critério adequado para a tomada de decisões primárias em determinada área pode ter um impacto significativo sobre o que é considerado um papel aceitável para revisores de decisões governamentais e sobre os critérios de legitimidade de suas decisões. Por exemplo, as *cortes* nos sistemas de *common law*, tradicionalmente, têm sido bastante relutantes em rever as decisões de agências governamentais a fim de intervir ou não em contratos de aquisição de bens e serviços e em decisões tomadas no exercício dos poderes conferidos por tais contratos. Em outras palavras, nessa área, as cortes têm estado menos dispostas do que em outras áreas da atividade decisória governamental para decidir conflitos entre interesses individuais e sociais, em favor dos interesses individuais. No que diz respeito aos tribunais, a sua competência é tipicamente definida em termos de tipos específicos de decisões; e é improvável que lhes seja dada competência para

¹⁸ MASHAW, Jerry L. *Bureaucratic justice: managing social security disability claims*. New Haven and London: Yale University Press, 1983. p. 25.

rever as decisões governamentais tomadas com base em princípios de mercado. O uso crescente nas últimas décadas de contratos como uma técnica de governança¹⁹ aumentou o papel do modelo de mercado na tomada de decisões governamentais. De fato, os ideais contratuais tiveram mesmo um impacto nas áreas da seguridade social e do bem-estar social.²⁰

Apesar das ressalvas que expressei a respeito da relevância da abordagem de Mashaw para as preocupações deste estudo, sua compreensão da justiça administrativa em termos de aceitabilidade e legitimidade das decisões governamentais sobre indivíduos fornece um bom ponto de partida para a análise. A fim de evitar que a justiça administrativa se torne justiça *tout court*, devemos, em primeiro lugar, deixar de lado as questões da aceitabilidade e legitimidade do regime básico de normas em que se baseiam as decisões individuais. Por exemplo, é melhor, mesmo que apenas por razões pragmáticas, considerar a aceitabilidade do regime fiscal ou do sistema de seguridade social como uma questão de justiça social e não de justiça administrativa. No que diz respeito à justiça administrativa, nossa preocupação é, principalmente, com a justiça administrativa no contexto de revisão e não no contexto de tomada de decisão primária. No contexto da revisão, o modelo dominante de justiça administrativa é o que Mashaw chama de “julgamento moral” e o que Adler chama de “julgamento legal”. De acordo com esse modelo, a lógica da adjudicação administrativa é proteger interesses individuais nos casos em que eles conflitam com interesses sociais.

Conforme já mencionado, existem dois modos de adjudicação administrativa – *judicial review* e *merits review*. Nossa principal preocupação aqui é com a última – isto é, com a justiça administrativa nos tribunais – e, particularmente, com várias questões relacionadas à interação entre tribunais e usuários de tribunais, e à aceitabilidade e legitimidade de decisões individuais por tribunais administrativos e, mais em geral, por adjudicação administrativa.

3 Uma fórmula para a justiça administrativa em tribunais?

O Tribunal Administrativo de Apelações é o *tribunal* administrativo mais importante do sistema australiano. Trata-se de um *tribunal* de apelação no sentido de ter ampla competência tanto para rever as espécies de decisões iniciais (como primeiro revisor), como para conhecer recursos de tribunais de apelação de primeira instância (como segundo revisor). A seção 2A do *Australian Administrative Appeals Tribunal Act*

¹⁹ Ver TAGGART, Michael. The nature and functions of the State. In: CANE, Peter; TUSHNET, Mark (Eds.). *The Oxford Handbook of Legal Studies*. Oxford: Oxford University Press, 2003.

²⁰ Ver VINCENT-JONES, P. *The new public contracting: regulation, responsiveness and relationality*. Oxford: Oxford University Press, 2006. Capítulo 9.

1975 (AAT Act) prevê que “no exercício das suas funções, o Tribunal deve prosseguir com o objetivo de proporcionar um mecanismo de revisão que seja justo, razoável, econômico, informal e célere”. Isso se tornou uma fórmula padrão que, podemos dizer, oferece uma referência de justiça administrativa para os *tribunais* australianos. Estabelece dois tipos de critérios de sucesso, que podemos denominar “jurídicos” (os dois primeiros) e “gerenciais” (os três últimos). Na fórmula, podemos supor que “justo” (*fair*) se refere ao procedimento e “razoável” (*just*) aos resultados.

Mesmo como aspiração, a fórmula é problemática. A dificuldade não é que os dois conjuntos de critérios estejam potencialmente em conflito e que a satisfação de um possa comprometer ou pôr em perigo a satisfação do outro. A justiça (substantiva) e a justiça (processual) não são inestimáveis e, em muitas situações, não vale a pena ir em busca delas, independentemente do custo. O problema real é que a fórmula nem sequer fornece uma estrutura para pensar sobre como resolver esses conflitos. Portanto, enquanto graus de satisfação dos critérios gerenciais (custo e velocidade, de qualquer modo) podem ser quantificados razoável e facilmente, a satisfação dos critérios jurídicos é muito mais difícil de se medir, por exemplo. Além disso, embora *justice* e *fairness* não sejam literalmente sem valor ou inestimáveis, não é irracional pensar (ao contrário do que a fórmula pode sugerir) que elas valem mais do que seu custo puramente financeiro.

No entanto, a fórmula chama a atenção para duas outras questões importantes: o procedimento do tribunal e os recursos de tempo e dinheiro disponíveis e consumidos pelos tribunais. O custo para ingressar em um tribunal é um dos aspectos básicos do acesso à justiça. O “acesso à justiça” tem sido uma preocupação fundamental e atraente para os formuladores de política e os acadêmicos sociojurídicos há pelo menos 40 anos; e, como a “justiça administrativa”, é usado de várias formas. Na Inglaterra, o *Franks Committee* considerou a “acessibilidade” uma das vantagens dos tribunais em relação às cortes.²¹ Por outro lado, em 1977, Tony Prosser propôs a tese muito influente de que certos tribunais de seguridade foram originalmente criados não para compensar defeitos das cortes, mas por razões financeiras e políticas.²² Ampliando o argumento de Prosser, Adler adverte que “a observação geral de que os tribunais foram preferidos em detrimento das cortes por razões políticas e de custos e não porque se acredita que eles proporcionam um melhor acesso à justiça é algo que deve ser levado a sério”.²³

No final dos anos 90, um extenso estudo britânico sobre “o que as pessoas fazem e pensam ao ir à justiça” de certa forma ignorou os tribunais;²⁴ no entanto,

²¹ Report of the Committee on Administrative Tribunals and Enquiries, Cmnd 218, 1957. §38.

²² PROSSER, T. Poverty, ideology and legality: supplementary benefit Appeal Tribunals and their predecessors. *British Journal of Law and Society*, London, v. 4, p. 39-60, 1977. p. 39.

²³ ADLER, Michael. Lay Tribunal members and administrative justice. *Public Law*, 1999. p. 172-173.

²⁴ GENN, Hazel. *Paths to Justice: what people do and think about going to law*. Oxford: Hart Publishing, 1999.

pesquisas mais recentes estabeleceram que “os membros do público em geral revelaram fracos níveis de compreensão sobre as vias de reparação para as reclamações administrativas e a limitada consciência dos tribunais”.²⁵ A informação incompleta sobre os sistemas de reparação era vista como um sério obstáculo ao acesso, assim como o “domínio da justiça criminal na imaginação pública” e a falta de compreensão a respeito da diferença entre as cortes criminais e outras instituições jurídicas. Uma grande preocupação da *Leggatt Review of Tribunals* é a falta de uma estrutura institucional coerente que estava impedindo o acesso dos cidadãos aos *tribunais*,²⁶ e um dos objetivos do *Tribunals Service* (atualmente o *The Courts and Tribunals Service*) – uma agência governamental criada em 2006 para administrar o sistema do tribunal e as reformas instituídas pelo *The Courts, Tribunals and Enforcement Act 2007* – é facilitar aos usuários a compreensão do processo de busca de reparação.²⁷

Além do conhecimento e dos recursos, o acesso também é, naturalmente, afetado pelo regime jurídico que regula questões como a competência dos tribunais e a legitimidade *ad causam* para apresentar pedidos de revisão. É a eles que nos voltamos agora.

4 Competência dos tribunais

Esta seção trata do modo como a competência dos tribunais administrativos é determinada e definida. As duas questões estão, obviamente, relacionadas. Historicamente, nos sistemas inglês e australiano, o tribunal administrativo padrão foi estabelecido para rever as decisões tomadas no processo de implementação de um programa de governo determinado, criado e aplicado com base em uma única lei. Nesse sentido, o tribunal padrão era um órgão especializado. A competência desse *tribunal* poderia ser definida como aquela conferida pela lei para tomar decisões no exercício de poderes conferidos aos funcionários. Quando o *Australian Administrative Appeals Tribunal (AAT)* foi estabelecido como um tribunal geral de apelação, surgiu inevitavelmente a questão de como sua competência deveria ser definida. Uma possibilidade seria adotar a técnica tradicional, mas, em vez de conferir competência ao *AAT* sob um único estatuto, dar-lhe o poder de rever as decisões tomadas sob várias leis que estabeleciam e regiam a condução dos programas governamentais. Uma segunda possibilidade seria definir a competência do *AAT* sem fazer referência a leis específicas ou disposições legais específicas.

²⁵ GENN, Hazel *et al.* *Tribunals for diverse users*. DCA Research Series 1/06. London: Department for Constitutional Affairs, 2006.

²⁶ Report of the Review of Tribunals by LEGGATT, Andrew. *Tribunals for users: one system, one service*. London: The Stationery Office, 2001. Capítulo 3.

²⁷ United Kingdom. *Courts, Tribunals and Enforcement Act 2007*, §70.

A primeira opção foi adotada. A seção 25 do estatuto constitutivo do *AAT – The Administrative Appeals Tribunal Act 1975 (AAT Act)* – prevê:

uma lei pode preconizar que as demandas possam ser apresentadas ao *Tribunal* [...] para a revisão das decisões adotadas no exercício dos poderes conferidos por essa norma [...] [que] deverá especificar a pessoa ou as pessoas a cujas decisões a disposição se aplica [...] [e] pode ser expressa para se aplicar a todas as decisões de uma pessoa, ou a uma classe de tais decisões [...].

Por outro lado, *The Administrative Decisions (Judicial Review) Act 1977 (ADJR Act)*, que cria a lei geral do regime de *judicial review*, define a competência da corte em termos de decisões “de caráter administrativo, proferidas, a serem proferidas, ou requeridas [...] sujeitas à edição [...] por uma autoridade da *Commonwealth* ou um oficial da *Commonwealth*”. Essa ampla definição está sujeita a poucas exceções expressas em termos de leis específicas, de uma autoridade específica (*the Governor-General*), e de certas categorias de decisões. A técnica de definição básica adotada no *ADJR Act* reflete a preexistente *common law* que, na época da elaboração do *ADJR Act*, definia os limites da *judicial review* basicamente em termos institucionais: decisões tomadas por funcionários e agências governamentais. As principais diferenças de competência entre o regime de *judicial review* do *ADJR Act* e a *common law* consistem no fato de o primeiro, ao contrário do segundo, ter se limitado a decisões de “caráter administrativo” (excluindo, assim, as decisões judiciais e, sobretudo, decisões “legislativas”); bem como às decisões tomadas no exercício de poderes estatutários (excluindo, assim, os poderes não estatutários, particularmente os poderes de “prerrogativas”).

O efeito dessas abordagens contrastantes é que, enquanto o *AAT* tem competência para rever uma decisão apenas quando a lei confere competência para tomar uma decisão dessa espécie, o *ADJR Act* confere competência para rever qualquer decisão tomada sob qualquer norma da *Commonwealth*, ressalvada alguma disposição em contrário. A distinção entre as duas técnicas de definição de competência para revisão tem desdobramentos importantes pelo impacto da privatização e terceirização da prestação de serviços públicos na viabilidade de revisão externa. A questão fundamental é saber se as decisões de prestadores de serviços não governamentais (“privados”) devem estar sujeitas à revisão se decisões dessa espécie, adotadas por um prestador governamental (“público”) desse serviço, estiverem sujeitas à revisão. No que diz respeito à *judicial review* da *common law*, o desejo de impedir a privatização e a terceirização da prestação de serviços de pessoas desfavorecidas levou as cortes, especialmente no Reino Unido, a desenvolver o conceito de “função pública”. As decisões tomadas no exercício de tal função podem estar sujeitas à *judicial review*

independentemente de serem efetuadas por um prestador de serviços público ou privado. Essa evolução implica uma mudança de definição do âmbito da *judicial review* “institucional” (a decisão foi tomada por um órgão público ou oficial?) para definir “funcional” (a decisão foi tomada no exercício de uma função pública?).

Conforme o regime oficial de *judicial review* estabelecido na Austrália pelo *ADJR Act*, o parâmetro relevante da *judicial review* é se a decisão em questão foi tomada “under an enactment”;²⁸ e a resposta a essa pergunta deu origem a algumas decisões muito difíceis, já que (no Reino Unido) tem se respondido a essa questão se determinadas funções são públicas ou não. Por outro lado, é improvável que tais questões delicadas surjam quando a técnica escolhida para definir o âmbito da competência de revisão é a adotada no *ADJR Act*, nos termos da qual o poder de revisão deve ser expressamente conferido e não excluído por lei.

De outro modo, a técnica aparentemente simples de definir a competência do AAT em termos de espécies de decisões estatutárias levantou algumas questões difíceis. Entre as mais significativas, está a questão geral sobre quais espécies de decisões devem estar sujeitas à *merits review*. No estudo (do denominado *Kerr Committee*, nomeado em deferência a seu presidente, Sir John Kerr) que recomendou a criação do AAT,²⁹ esta recomendação foi justificada com base no fato de a *judicial review* constituir uma via de reparação inadequada para os cidadãos que estavam insatisfeitos com as decisões administrativas. A *merits review* por tribunais foi concebida como um complemento à *judicial review* pelas *cortes*, e a questão sobre quão extenso era o complemento necessário para proporcionar uma reparação adequada inevitavelmente surgiu.

Em 1971 foi instituído, sob a presidência de Sir Henry Bland, o *Committee on Administrative Discretions* “para examinar os critérios administrativos existentes sob o *Commonwealth Statutes and Regulations* e para aconselhar aqueles para quem uma *merits review* deve ser prestada”.³⁰ Peter Bailey, que, como *Deputy Secretary of the Department of Prime Minister and Cabinet*, era membro do *Bland Committee*, descreve como o Comitê

²⁸ A decisão tomada “under an enactment” envolve dois critérios: (i) a decisão deve ser expressa ou implicitamente requerida ou autorizada pelo ato normativo (*enactment*) e (ii) deve conferir, alterar ou de algum modo afetar direitos e obrigações (conclusão extraída do voto vencedor conjunto no caso *Griffith University v. Tang*, julgado pela Suprema Corte da Austrália) (AUSTRALIA. High Court. *Griffith University v. Tang*. Canberra, 2005, 79 ALJR 627; 2005, HCA 7).

²⁹ Report of the Commonwealth Administrative Review Committee, Parliamentary Paper n. 144 of 1971.

³⁰ Final Report of the Committee on Administrative Discretions (AUSTRALIA. COMMITTEE ON ADMINISTRATIVE DISCRETIONS. *Final report of the Committee on Administrative Discretions*. Bland Committee Report. Canberra: Australian Government Publishing Service, 1973. Disponível em: <<http://bit.ly/2jkHrpF>>. Acesso em: 17 jan. 2017. §1).

se encontrava quase semanalmente... durante dois anos. Durante esse tempo, nós revisamos e categorizamos [...] dezenas de milhares de critérios. Toda semana nós éramos confrontados com uma pilha de regulamentos, talvez *de mais de meio metro* [...]. Harry Bland forçou-nos a trabalhar num ritmo muito intenso [...]. Tínhamos formulários com colunas preparadas, e inserido cada critério como passível de revisão ou não, e a razão... Mais de 250 critérios que consideramos deveriam ser revisados [...] estavam contidos em 75 *Acts* [...]. Desses, cerca de 235 critérios não estavam sujeitos à revisão e recomendamos que estivessem. Além disso, descobrimos 28 critérios em mais 19 *Acts* que previam apenas a *judicial review*. Em 19 dessas 28 disposições, consideramos que a revisão dos tribunais administrativos deveria ser substituída ou (em três casos) que deveria haver uma opção.³¹

De acordo com quais princípios gerais, se houver, foi conduzido esse exercício extraordinário?

O *Committee* interpretou que a referência a discricionariedades “administrativas”, em seus termos, exigia uma distinção entre as questões administrativas e as questões políticas, sendo que as primeiras podiam estar sujeitas à *merits review*. O Comitê considerou que há maior probabilidade de a elaboração de regras gerais cair na seara política do que a aplicação de regras aos casos individuais.³² O *Committee* recomendou que o exercício da discricionariedade administrativa sob a legislação de seguridade social não deveria estar sujeito à revisão por um tribunal, aparentemente porque considerou que processos de revisão mais informais eram apropriados nessa área. O Comitê antecipou o estabelecimento previsto do gabinete do *ombudsman* e também propôs a melhora dos mecanismos de revisão interna.³³ De um modo mais geral, o *Committee* declarou que “a decisão do governo de legislar em favor de um *ombudsman* permitiu e justificou uma abordagem muito mais seletiva da definição das discricionariedades administrativas em relação às quais deveria haver um processo de revisão mais formal e externo”.³⁴ Além dessas poucas indicações, sabemos muito pouco sobre como o *Bland Committee* abordou o trabalho.

³¹ BAILEY, Peter. Is administrative review possible without legalism? *Australian Journal of Administrative Law*, Australia, v. 8, n. 4, p. 163-175, 2001. p. 163-165.

³² AUSTRALIA. COMMITTEE ON ADMINISTRATIVE DISCRETIONS. *Final report of the Committee on Administrative Discretions*. Bland Committee Report. Canberra: Australian Government Publishing Service, 1973. Disponível em: <<http://bit.ly/2jkHrpF>>. Acesso em: 17 jan. 2017. §29.

³³ AUSTRALIA. COMMITTEE ON ADMINISTRATIVE DISCRETIONS. *Final report of the Committee on Administrative Discretions*. Bland Committee Report. Canberra: Australian Government Publishing Service, 1973. Disponível em: <<http://bit.ly/2jkHrpF>>. Acesso em: 17 jan. 2017. §§45-73.

³⁴ AUSTRALIA. COMMITTEE ON ADMINISTRATIVE DISCRETIONS. *Final report of the Committee on Administrative Discretions*. Bland Committee Report. Canberra: Australian Government Publishing Service, 1973. Disponível em: <<http://bit.ly/2jkHrpF>>. Acesso em: 17 jan. 2017. §109.

Há, pelo menos, duas considerações que, juntas, podem fornecer uma base sobre a qual os formuladores de política poderiam basear a escolha sobre se determinadas espécies de decisões deveriam ou não estar sujeitas à *merits review* por um tribunal. Uma consideração se refere à natureza dos tribunais, acerca dos quais se diz comumente terem certas vantagens pragmáticas sobre as cortes em termos de custo, velocidade, acessibilidade e assim por diante. Essas vantagens podem tornar os *tribunais* particularmente apropriados em áreas como a seguridade social, que geram um grande volume de decisões de baixo valor. Por outro lado, devido ao seu *status* elevado, as cortes podem ser consideradas mais apropriadas do que os tribunais para a revisão de decisões administrativas de grande importância e com carga política.

Mais uma vez, uma forte independência é uma característica fundamental das cortes, enquanto a independência dos tribunais pode ser menos bem protegida. Em outras palavras, os tribunais podem ser mais “controlados” pelo governo do que as cortes. Por essa razão, os governos podem estar dispostos a permitir que as decisões sejam revistas por um tribunal mesmo quando não ficariam satisfeitos com tais decisões sendo revistas por uma corte. Na Austrália, por exemplo, a permissão da *merits review* pelo “*closely held*” *Migration Review Tribunal and Refugee Review Tribunal* ocorre ao mesmo tempo em que se exclui tanto quanto possível uma mais independente *judicial review* das decisões sobre imigração.

Uma segunda consideração refere-se à natureza e às funções da *merits review* e da *judicial review*. Na Austrália, por exemplo, as principais diferenças práticas entre a *merits review* e a *judicial review* são que a *merits review* permite uma análise muito mais intensa da verificação dos fatos e, tipicamente, implica a tomada de uma decisão substitutiva, enquanto que a *judicial review* é mais deferente à verificação dos fatos administrativos; e, mesmo quando uma corte considera uma decisão falha, ela não proferirá uma decisão substitutiva, mas sim remeterá a decisão para reconsideração da autoridade originária.³⁵ Essas diferenças devem, obviamente, ser relevantes para a decisão de suplementar a *judicial review* com a *merits review*. Por ser menos “invasiva”, a *judicial review* por uma corte pode ser considerada apropriada e aceitável mesmo quando a *merits review* por um tribunal não o for.

5 Legitimidade de agir

No que se refere à *judicial review*, é de amplo conhecimento que as regras sobre a legitimidade de agir refletem e desempenham um papel significativo na definição de sua função. *Grosso modo*, regras restritas de legitimidade de agir, que exigem que o

³⁵ Ver ainda CANE, Peter. *Administrative tribunals and adjudication*. Oxford: Hart Publishing, 2009. 5.3 e 5.4.

demandante tenha um interesse pessoal ou seja pessoalmente afetado pela decisão sob revisão, identificam a *judicial review* como um mecanismo que garante que os interesses individuais sejam devidamente levados em consideração pelas autoridades administrativas decisórias. Por outro lado, regras amplas sobre a legitimidade de agir (que permitem aos representantes de grupos ou do público desafiar as decisões administrativas através da apresentação de demandas de *judicial review*) identificam a *judicial review* não apenas como um mecanismo de proteção dos interesses dos indivíduos, mas também como uma forma de contestar os interesses sociais promovidos pela decisão sob revisão.

Até agora neste artigo, a *judicial review* foi identificada como um modo de adjudicação administrativa. No entanto, na medida em que a *judicial review* pode servir a essa última função, esta explicação deve ser qualificada. A adjudicação administrativa é uma técnica que permite que o equilíbrio obtido pelas autoridades administrativas iniciais, entre os interesses sociais e individuais, seja reajustado em favor dos interesses individuais. Por outro lado, uma ampla legitimidade de agir permite que a *judicial review* seja utilizada para contestar a concepção e a definição de interesses sociais relevantes adotadas pela autoridade administrativa inicial.

Assim entendida, a *judicial review* não é um modo de adjudicação, mas tampouco é um modo de implementação. Considerando que a implementação é uma técnica para regular as circunstâncias individuais de acordo com as normas gerais, a *judicial review* “ampla” diz respeito à natureza e ao conteúdo das normas gerais relevantes. Contribui para o processo de elaboração de políticas, proporcionando aos indivíduos e aos grupos uma oportunidade de participar (ainda que indiretamente) do processo de elaboração de relevantes normas.

No Reino Unido, ao longo dos últimos 30 ou 40 anos, as regras de legitimidade de agir foram ampliadas até o ponto em que a legitimidade de agir é raramente um problema nos procedimentos da *judicial review*. No Reino Unido, parece que agora se aceita ser apropriado o fato de as cortes se envolverem em atividades não adjudicatórias no exercício da *judicial review*. Por outro lado, nos Estados Unidos e na Austrália, as regras de legitimidade não foram igualmente flexibilizadas e ainda há debate sobre se a *judicial review* deve ser entendida, principalmente, como um modo de adjudicação ou se deveria também estar disponível como um fórum para a contestação política.

Quais são as implicações para a *merits review* dessa análise da *judicial review*? Aparentemente, as disposições relevantes do *AAT Act* (s 27) estabelecem um regime de regras de legitimidade mais amplo do que restrito. No entanto, a *Federal Court* decidiu que a regra relativamente restrita sobre a legitimidade de agir, estabelecida pela *High Court of Australia*, em um caso decidido não muito tempo depois de o *AAT*

Act ter sido elaborado³⁶ (a saber, que o requerente da *judicial review* deve ter um “interesse especial” na questão a que se refere a pretensão), aplica-se igualmente aos pedidos de *merits review* apresentados ao *AAT*.³⁷ Por outro lado, a *High Court* afirmou que, para se determinar se uma pessoa é afetada por uma decisão baseada em uma disposição legal, é necessário tomar como referência este estatuto e não os conceitos da *common law* sobre a legitimidade de agir.³⁸ Daí decorre que a questão de saber se uma pessoa é afetada por uma decisão para efeitos do *AAT Act* deve ser determinada não em função das disposições do *AAT Act*, mas tendo como referência as disposições da lei sob as quais a decisão foi tomada e que conferem competência ao *AAT*. Uma pessoa pode, de certo modo, ser “afetada” por uma decisão, mas não tem legitimidade para solicitar ao *AAT* uma *merits review* porque a lei que fundamenta a decisão adotada é interpretada de modo a não conceder o direito de postular a revisão.³⁹

Visões sobre a função da *merits review* serão relevantes para esse processo de interpretação legal. Um entendimento da *merits review* como um modo de adjudicação favoreceria interpretações que definem a classe de pessoas afetadas de forma relativamente estrita, uma vez que tal abordagem ajudaria a preservar o caráter adjudicatório da *merits review*. As interpretações que definiriam uma classe de pessoas afetadas de modo mais amplo poderiam ser entendidas como contemplando um papel não adjudicatório para a *merits review*. Uma vez que a *merits review* é uma criação legal e a competência da *merits review* é conferida por referência a classes específicas de decisões, o legislador pode limitar o papel da *merits review* à adjudicação, de duas formas: primeiramente, não prevendo a *merits review* de decisões que provavelmente não terão um efeito direto sobre indivíduos particulares; e, em segundo lugar, elaborando leis que contenham disposições para a *merits review*, de modo a impor ou encorajar interpretações que definam a categoria das pessoas afetadas de forma limitada. Por outro lado, uma vez que a *judicial review* é, essencialmente, uma criação judicial e o seu alcance é definido em termos abstratos (tais como “decisões de natureza administrativa elaboradas *under an enactment* ou decisões tomadas por “funcionários da *Commonwealth*”), é (ao menos na teoria) menos fácil para os legisladores excluírem o seu cabimento em relação a decisões que não são suscetíveis de ter um efeito direto sobre indivíduos particulares.

³⁶ AUSTRALIA. High Court. *Australian Conservation Foundation Inc v Commonwealth*. Canberra, 1980, 146 CLR 493.

³⁷ AUSTRALIA. Administrative Appeals Tribunal. *Allan v Development Allowance Authority*. Melbourne, 9 of September 1998, 51 ALD 208.

³⁸ AUSTRALIA. High Court. *Allan v Transurban City Link Ltd*. Canberra, 2001, 208 CLR 167 (on appeal from *Allan v Development Allowance Authority*, previous note).

³⁹ Por exemplo, AUSTRALIA. Administrative Appeals Tribunal. *Brisbane Airport Corporation Ltd v Deputy President Wright* (as a Presidential Member of the Administrative Appeals Tribunal). Brisbane, 2002, 77 ALD 411.

6 Processos

Tradicionalmente, considera-se que os tribunais tenham algumas vantagens práticas sobre as cortes. Entre as mais tangíveis dessas supostas vantagens, estão a informalidade processual e a flexibilidade.⁴⁰ O ponto de referência da formalidade é, talvez, o julgamento criminal, e o ideal da informalidade contempla maior ou menor modificação ou afastamento de diversos de seus elementos. A flexibilidade pode ser entendida como um elemento de informalidade – uma capacidade e vontade de modificar procedimentos particulares ou renunciar a eles quando isso parece apropriado ou desejável em casos individuais. A flexibilidade também pode referir-se a formas de tratamento de casos que são alternativos ao modo padrão de proceder do tribunal. Assim, por exemplo, se o modo paradigma for a audiência oral (*oral hearing*), a “decisão sobre os documentos” ou “pré-audiência” (*pre-hearing settlement*) pode fornecer alternativas. Tribunais podem variar tanto em termos de seu modo paradigma de proceder quanto em termos de quaisquer alternativas que eles forneçam.

Os debates sobre (in)formalidade e flexibilidade processuais supõem uma teoria sobre a função dos procedimentos de tomada de decisão. Tradicionalmente, diz-se que os procedimentos promovem valores instrumentais e não instrumentais. Não instrumentalmente, o papel do procedimento é entendido em termos de “justiça” e respeito pela “dignidade” e “autonomia” das partes na decisão. Diz-se que a essência da justiça processual está incorporada na chamada *rule against bias* (que promove o valor da imparcialidade na tomada de decisão) e no *fair hearing rule* (que exige a divulgação às partes das informações relevantes à tomada da decisão e a oportunidade para que exponham o seu caso – *put their case*).⁴¹

Em síntese, o conceito de justiça processual baseia-se nos valores de imparcialidade e participação. Embora os requisitos da justiça processual sejam sensíveis ao contexto (“flexíveis”), eles estabelecem um conjunto mínimo e irreduzível de obrigações para todas as autoridades decisórias, incluindo os tribunais. De uma perspectiva instrumental, o procedimento está relacionado ao propósito do processo de tomada de decisão. Por exemplo, quanto à diferença entre os denominados meios de tomada de decisão “inquisitorial” e “adversarial”, às vezes, diz-se que o objetivo do primeiro, mas não do último, é descobrir a verdade real (*real truth*).

Instrumentalmente, o papel do procedimento é promover a tomada de decisão que atenda a critérios substancialmente relevantes para a tomada de decisões de tipos relevantes. O objetivo instrumental do procedimento pode ser expresso em

⁴⁰ Há uma visão contrária no sentido de que este procedimento informal produz uma forma inferior de justiça (GENN, Hazel. Tribunals and Informal Justice. *Modern Law Review*, London, v. 56, n. 3, p. 393-411, 1993. p. 393; 397).

⁴¹ Ver AAT Act, s 39.

termos de “acurácia” das decisões, sendo a “acurácia” entendida como a aplicação adequada de critérios relevantes de tomada de decisão (como “correto ou preferível”).

Em suma, poderíamos dizer que o procedimento ideal promove imparcialidade, participação e acurácia. Na Austrália (como vimos), esses valores do devido processo são explicitamente estabelecidos em tensão com os valores “gerenciais” por uma fórmula legal que exige que os *tribunais de merits review* “persigam o objetivo de fornecer um mecanismo de revisão *justo, razoável, econômico, informal e rápido*”. Como a ordem das palavras nessa afirmação implica, a informalidade está associada à economia e à celeridade. No entanto, a justificação dessa associação depende do significado de “informalidade”. Por exemplo (como veremos mais adiante), os tribunais podem ter poderes que lhes permitam recolher provas independentemente das partes, e tais poderes são, por vezes, entendidos como um aspecto da “informalidade”, uma vez que representam um afastamento do procedimento tradicional na corte. Contudo, a informalidade, nesse sentido, pode aumentar a duração e o custo total do processo em relação ao que seria se o tribunal não almejasse, por sua própria iniciativa, suplementar as provas fornecidas pelas partes.

Na prática, o equilíbrio entre o devido processo e o gerencialismo pode variar de um tribunal para outro. Por exemplo, há razões para acreditar que o AAT concede, relativamente, menos peso a considerações gerenciais em seu *modus operandi* do que tribunais *closely-held*. Em todo o caso, a *High Court of Australia* afirmou que a fórmula legal “pretende ser facultativa, não restritiva”, tendo por objetivo “libertar os tribunais, ao menos em certa medida, de restrições que de outra forma seriam aplicáveis às cortes e consideradas inadequadas aos tribunais”.⁴²

Essa interpretação deixa claro que, embora os tribunais de *merits review* não sejam cortes, eles operam dentro de um paradigma conveniente que limita sua capacidade de trocar equidade e justiça por economia e celeridade. Na prática, a obrigação de promover os objetivos gerenciais tem pouco mais do que força retórica na ausência de qualquer tentativa significativa de comparar o desempenho relativo aos tribunais ao das cortes em aspectos relevantes e estabelecer, monitorar e impor metas de desempenho aos tribunais. A esse respeito, o AAT é, efetivamente, um autorregulador, enquanto os tribunais *closely-held* estão sujeitos a algum controle departamental; mas falta, por um lado, uma medição significativa do desempenho relativo dos tribunais e das cortes; e, por outro, do AAT e dos *tribunais* especializados.

Como resultado, por um lado, os debates sobre o processo do tribunal tendem a se concentrar na relação entre os três valores do devido processo; e, por outro, na (in)formalidade e flexibilidade; e, em grande parte, ignoram os fatores de celeridade

⁴² AUSTRALIA. High Court. Minister for Immigration and Multicultural Affairs v. Eshetu. Canberra, 13 of May 1999, 197 CLR 611, 628.

e custo. Como todos esses conceitos são vagos e altamente abstratos, tais debates são, geralmente, inconclusivos. No entanto, subjacentes a todos eles estão certos pressupostos: em primeiro lugar, que os processos tradicionais da corte são relativamente formais e inflexíveis; em segundo lugar, que, em comparação com as cortes, os tribunais devem seguir processos relativamente informais e flexíveis; em terceiro lugar, que, se certas condições são satisfeitas, processos relativamente informais e flexíveis podem promover imparcialidade, participação e acurácia, no mínimo de forma tão eficaz quanto em processos relativamente formais e inflexíveis, mas com maior rapidez e a um custo menor.

Nenhuma dessas suposições foi rigorosamente testada e nenhuma é justificada com evidências. Portanto, na discussão que se segue, será feita uma tentativa de evitar abstrações vagas e de pensar mais concretamente nos processos do tribunal, em primeiro lugar em relação aos modos paradigmas de tomada de decisão, e depois em relação às alternativas.

6.1 O modo paradigma da tomada de decisão

Talvez o que mais se possa dizer, em geral, sobre o modo paradigma de tomada de decisão por *tribunais* é que ele envolve uma autoridade ou grupo de autoridades, a pedido de um cidadão (indivíduo, grupo ou corporação) afetado, de certa forma, por uma decisão inicial, elaborando uma decisão (“de revisão”) para manter ou modificar aquela decisão ou para desconsiderá-la e proceder a uma decisão substitutiva, ou remetê-la à autoridade inicial para reconsideração. Em outras palavras, a adjudicação administrativa extrajudicial é um processo tripartite. As normas processuais regulam e especificam os papéis desempenhados nesse processo pelo revisor, pela autoridade originária e pelo demandante. Embora os papéis de cada um desses participantes estejam inter-relacionados e não possam ser entendidos isoladamente, por motivos analíticos, será útil considerá-los um por vez.

O fato de que tão pouco se pode dizer, em geral, sobre o processo de adjudicação administrativa reflete-se nos debates sobre a conveniência de códigos gerais de processo. Em certo sentido, é claro, as regras de justiça processual (*no bias, fair hearing*) constituem um código geral; mas os debates que nos interessam centram-se na regulamentação legal e quase legal do processo. Fundam-se, tipicamente, na suposição de que o tribunal paradigma tem competência limitada sobre assuntos específicos. A questão básica é saber em que medida os procedimentos devem ser específicos do tribunal ou, pelo contrário, comuns a todos ou a um grupo de tribunais específicos. Há uma opinião comum de que a regulamentação geral do procedimento deve ser leve, deixando tantos detalhes quanto possível para a variação local entre os tribunais e até mesmo entre os casos individuais. A justificativa dessa opinião encontra-se na diversidade de temas tratados por vários tribunais (que vão desde as

prestações de seguridade social para os deficientes até a fiscalização das empresas), e a diversidade dos demandantes (variando, por exemplo, desde os imigrantes pobres de baixa escolaridade até as empresas multinacionais).⁴³

A escolha entre generalidade e especificidade não se apresenta da mesma forma em um sistema que dispõe de um tribunal administrativo geral (mesmo que também tenha alguns tribunais especializados) como em um sistema em que não há esse tribunal. No entanto, na medida em que um tribunal geral possui divisões especializadas por matéria, questões similares podem surgir. Embora alguma variação processual entre as divisões especializadas por matéria possa ser considerada desejável, seria estranho que o conceito de generalidade não encontrasse expressão em um grau mínimo de uniformidade processual entre divisões.

A lógica da uniformidade talvez seja particularmente forte quando um tribunal geral é criado pela fusão de tribunais especializados preexistentes.⁴⁴ De acordo com o *UK Tribunals, Courts and Enforcement Act 2007*, foi criado o *Tribunal Procedure Committee*, responsável pela elaboração de regras processuais e pelo monitoramento do seu funcionamento. O objetivo é criar um código processual análogo ao *Civil Procedure Rules* que regula o processo do *High Court* e do *County Courts*.

Do ponto de vista dos demandantes, a especificidade processual apresenta a promessa de que qualquer pedido específico será tratado de forma adequada ao seu objeto e às circunstâncias e aos recursos do demandante. Uma vez que a maioria dos demandantes não são litigantes habituais, e uma vez que a participação do governo nos procedimentos do tribunal é, normalmente, organizada de uma forma específica, pode-se dizer que as vantagens da especificidade são suscetíveis de superar as de generalidade. Por outro lado, às vezes, sugere-se que a variedade processual é confusa e torna os tribunais mais intimidantes e menos acessíveis. A força relativa de tais argumentos concorrentes é difícil de avaliar.

Os debates sobre o processo do tribunal são, frequentemente, conduzidos no quadro de uma distinção entre os procedimentos *inquisitorial* e *adversarial*. No entanto, é melhor evitar esses termos, já que são imprecisos e faltam a eles significados consensuais. Em vez disso, discutirei, por sua vez, o papel desempenhado nos processos do tribunal pelo revisor, pelo demandante e pelo demandado (sendo ou representando o decisor primário).

⁴³ See FARMER, J. A. A model code of procedure for Administrative Tribunals – An illusory concept. *New Zealand Universities Law Review*, New Zealand, v. 4, 1970. p. 105; TAGGART, Michael. The rationalisation of Administrative Tribunals Procedure: the New Zealand experience. In: CREYKE, R. (Ed). *Administrative Tribunals: taking stock*. Canberra: Australian Institute of Administrative Law, 1992; ALLARS, Michal. A General Tribunal Procedure Statute for New South Wales? *Public Law Review*, v. 4, p. 19, 1993; ADMINISTRATIVE REVIEW COUNCIL. *Better decisions: review of Commonwealth merits review Tribunals*. Canberra: Australian Government Publishing Service, 1995. p. 3.12-46.

⁴⁴ BACON, R. A study in Tribunal amalgamation: the importance of a principled approach. *Journal of Social Security Law*, London, v. 12, p. 81, 2005.

6.2 O revisor

No final do processo, o trabalho da autoridade incumbida do *merits review* é tomar uma decisão.⁴⁵ O desempenho dessa tarefa é regulado de várias formas. Por exemplo, a regra contra a parcialidade, efetivamente, regula quem pode agir apropriadamente como um revisor; a autoridade decisória não deve levar em conta considerações irrelevantes e deve tomar uma decisão consistente com as normas jurídicas aplicáveis. A tomada de decisão também pode ser regulada de outro modo. Por exemplo, a decisão pode ter que ser escrita, e a autoridade pode ter que conceder (por escrito) razões para a decisão.

Qual é o papel do revisor no processo que leva à tomada de decisão? Até certo ponto, isso é uma função da interação pessoal entre o revisor e o demandante. O que o revisor veste? Onde o revisor se senta em relação ao demandante? Quais procedimentos, se houver, o revisor adota para fazer com que o demandante se sinta confortável e para ajudá-lo a entender e seguir ao que se está procedendo? Tais questões de “estilo” ou “ambiente” não são, normalmente, reguladas por regras processuais específicas, embora os princípios da justiça processual possam impor limitações à forma como uma abordagem “descontraída” pode ser feita. Constituem um aspecto da “(in)formalidade”, e comumente se diz que a informalidade (que é, naturalmente, uma questão de grau) é mais apropriada e desejável nos tribunais do que nas cortes, e que é mais apropriada e desejável em alguns contextos de tomada de decisão (como a seguridade social) do que em outros (como a tributação das empresas). Há alguma tensão entre essas duas declarações porque as cortes podem tomar decisões em alguns contextos em que a informalidade pode parecer apropriada e desejável, e os tribunais podem tomar decisões em áreas em que a formalidade pode parecer apropriada e desejável. No entanto, parece haver uma tendência persistente a se dividir as instituições adjudicatórias em duas categorias – a relativamente formal e a relativamente informal; para manter a categoria relativamente formal de modo significativamente menor que a relativamente informal; e para tornar a categoria relativamente informal o principal fórum para a adjudicação administrativa, enquanto que a categoria relativamente formal constitui o principal fórum para a adjudicação não administrativa.

O direito tem mais a dizer sobre o papel do revisor na colheita e apresentação de provas. Aqui é útil distinguir entre dois modelos (estilizados) diferentes do papel do revisor – o “ativo” e o “passivo”. No modelo passivo, o revisor não desempenha nenhum papel na colheita de provas. Na apresentação de provas, o revisor passivo

⁴⁵ Naturalmente, o revisor também pode tomar decisões em pontos anteriores no processo, seja sobre alguns aspectos do requerimento, seja sobre o procedimento.

desempenha um papel de gestor (mantendo a ordem, por exemplo, e regulando a admissão de provas), mas não participa como proponente. No modelo ativo, ao contrário, o revisor pode gerenciar a colheita de provas pelas partes, particularmente para evitar desperdício de tempo e recursos. O revisor ativo pode ir mais longe e participar da colheita, exigindo que as partes reúnam provas específicas ou provas sobre assuntos específicos, ou até mesmo reunindo provas pessoalmente. Na apresentação de provas, o revisor ativo pode ir além de gerenciar a apresentação de provas para auxiliar (ou “capacitar”) as partes (especialmente o demandante) a propor provas ou – especialmente quando as provas são propostas por escrito ao invés de oralmente – para obter as provas fornecidas pelas partes.

Tratando-se, em primeiro lugar, da colheita de provas, há que se observar que as regras que determinam a natureza do material em que se baseia a decisão – nomeadamente as regras de prova – são independentes da distinção entre revisão ativa e passiva, que diz respeito à fonte do material e não à sua natureza. Assim, por exemplo, o princípio comum de que os tribunais não estão “vinculados” às regras de prova⁴⁶ aplica-se independentemente de se, e em que medida, o tribunal segue o modelo ativo ou o modelo passivo. Afirma-se, frequentemente, que o objetivo desse princípio é tornar os procedimentos do tribunal “flexíveis” e menos “formais”. No entanto, o entendimento padrão do *efeito* da regra é que o tribunal pode e deve levar em conta e atribuir o peso apropriado a todas as provas relevantes. Nessa perspectiva, a regra pode ser explicada como um corolário da ideia – explicitada no conceito australiano de *merits review* – de que a função da *merits review* por um tribunal é assegurar que a “decisão correta ou preferível” seja tomada, e não identificar erros na decisão primária (processo de tomada de decisão). Isso também explica por que o conceito de ônus da prova desempenha um papel modificado em relação à *merits review*: a função principal do revisor não é escolher entre os argumentos de um proponente e um oponente de uma decisão, mas sim decidir qual a decisão preferível ou correta a ser tomada. Essa formulação deixa em aberto a questão de saber se, e em que medida, a decisão do revisor deve ser tomada com base no material fornecido pelas partes ou, ao contrário, com base no material recolhido pelo revisor.

Aos *tribunais* são, muitas vezes – talvez geralmente – concedidos poderes que lhes permitem desempenhar um papel mais ou menos ativo na colheita de provas. No entanto, os *tribunais* variam no emprego de tais poderes. Na Austrália, por exemplo, o *Refugee Review Tribunal* (agora parte do *Migration and Refugee Division of the Administrative Appeals Tribunal*) obtém “informações” relevantes “do país”, não apenas do *Department of Immigration and Border Protection*, mas também da própria pesquisa de sua equipe.

⁴⁶ Por exemplo, Sect 33(1)(c) of Administrative Appeals Tribunal Act.

De um modo geral, no entanto, parece que os tribunais de *merits review* australianos raramente obtêm informações além ou através do demandante e da autoridade decisória. Isso pode parecer surpreendente, porque tais poderes podem ser explicados como corolários da obrigação dos tribunais de *merits review* de tomar a “decisão correta ou preferível”.

Por outro lado, os tribunais que operam dentro de um sistema, como o australiano, em que a posição padrão para os adjudicadores é de passividade, e em que o julgamento ativo é entendido, principalmente, em termos de gerenciamento de casos e como uma forma de reduzir a demora e a despesa, e não como uma característica intrínseca do processo de adjudicação, provavelmente não estão dispostos, ou não possuem os recursos necessários, a convocar as testemunhas que as partes não tenham chamado, ou a coletar documentos que as partes não tenham produzido.⁴⁷ Nesse ambiente, o máximo que os tribunais provavelmente fazem é convidar, encorajar ou, talvez, exigir que as partes forneçam provas adicionais.⁴⁸

Em um caso, o AAT afirmou que seu papel não consistia em “empreender trabalhos de investigação para apoiar o caso de uma das partes do processo. O papel do tribunal é tomar a decisão correta ou preferível sobre o material que está diante dele (*on the material that is before it*)”.⁴⁹ O AAT interpretou a expressão “o material apresentado” (*the material that is before it*) como sendo “o material que as partes apresentaram” (*the material the parties put before it*), e não entendeu ser sua responsabilidade tomar a decisão correta ou preferível requisitando (ou talvez mesmo autorizando) a colheita de provas independentemente das partes. Até onde pude constatar, os tribunais dos Estados Unidos e do Reino Unido, de um modo geral, não são mais ativos na colheita de provas do que os australianos.

Passando agora à apresentação de provas, há uma expectativa generalizada de que os tribunais serão mais ativos a esse respeito do que as cortes, exceto nos casos em que ambas as partes estejam perante o tribunal e tenham representantes legais ou outros especialistas os representando. Na Austrália, a obrigação de um tribunal de *merits review* de escolher a decisão correta ou preferível pode ser considerada uma justificativa para tal intervenção nos procedimentos. Nos casos em que não é realizada uma audiência oral, o revisor terá necessariamente de reunir provas e organizá-las. Nos casos em que tanto o demandante como a autoridade inicial (demandada) comparecem perante o tribunal a uma audiência oral (*oral hearing*),

⁴⁷ DWYER, Joan. Overcoming the adversarial bias in Tribunal procedures. *Federal Law Review*, Australia, 20, p. 252-275, 1991. p. 252; DWYER, Joan. Fair play the inquisitorial way: a review of the Administrative Appeals Tribunal’s use of inquisitorial procedures. *Australian Journal of Administrative Law*, Australia, v. 5, p. 5, 1997.

⁴⁸ Por exemplo, AUSTRALIA. Administrative Appeals Tribunal. Re The International Fund for Animal Welfare (Aust) Pty Ltd and Minister for Environment and Heritage (No 2). Sydney, 2007, 93 ALD 625.

⁴⁹ AUSTRALIA. Administrative Appeals Tribunal. Re Hanrahan and Repatriation Commission. Canberra, 2008, 102 ALD 399, [22].

é provável que a intervenção do revisor na apresentação de provas seja unilateral a favor do demandante. Nos casos em que uma audiência oral é realizada, mas a autoridade originária não comparece perante o tribunal (como exemplo, nos tribunais de imigração australianos e, comumente, no Reino Unido nas áreas de seguridade social e de imigração) ou toma uma postura passiva, o *enabling role*⁵⁰ pode colocar o revisor, efetivamente, no controle total dos procedimentos, como parece acontecer nos tribunais especializados em imigração na Austrália. Isso pode resultar no uso eficiente de tempo e recursos; mas há o risco de ajudar uma das partes e não outra, ou ajudar uma mais do que outra, e isso pode levar a uma violação da regra ao se criar uma aparência de parcialidade; e pode até levar à tomada de uma decisão tendenciosa. A aceitação de acordos institucionais envolvendo uma reunião presencial entre um demandante não representado e o revisor na ausência da autoridade decisória não é, como tal, processualmente injusta; impõe, inevitavelmente, um fardo pesado aos revisores para que exerçam seus consideráveis poderes de maneira justa em casos individuais.

A disposição do tribunal de participar ativamente da apresentação de provas pode influenciar sua abordagem em relação às provas dos peritos. Já se disse que a perícia desempenha um papel “particularmente importante nas questões perante o [AAT]” devido à sua obrigação de “selecionar” a decisão correta ou preferível.⁵¹ O papel da prova pericial nos processos de um tribunal pode depender, em certa medida, do fato de terem sido nomeados membros do tribunal com conhecimentos especializados na área. A expertise dos membros do tribunal pode tornar total ou parcialmente desnecessária a assim chamada prova pericial e, dessa forma, transferir efetivamente parte do custo de colheita e apresentação de provas das partes para o contribuinte. Por outro lado, é claro, a expertise de um membro do tribunal não pode ser testada por meio de um contraditório e, portanto, não pode ser aceita como substitutivo do testemunho de um perito. Nos casos em que as provas periciais são ofertadas e admitidas, a expertise dos membros do tribunal pode melhorar a capacidade do tribunal não apenas para avaliar as provas, mas também para regular a apresentação das provas dos peritos e até mesmo para questioná-los.

⁵⁰ Esta abordagem é atingida através da aplicação adequada dos poderes do tribunal, das explicações dadas às partes, da forma como a audiência é conduzida e da atmosfera criada, a fim de permitir que partes inexperientes participem satisfatoriamente do processo (*Introduction to the tribunal system*. Disponível em: <<http://bit.ly/2iDQ01x>>. Acesso em: 8 jan. 2017).

⁵¹ DOWNES, G. Expert witnesses in proceedings in the Administrative Appeals Tribunal. *The NSW Bar Association Administrative Law Section*, Sydney, p. 2, 2006. Disponível em: <<http://bit.ly/2jt21q6>>. Acesso em: 14 ago. 2008.

6.3 O demandado

O papel da autoridade inicial no processo de revisão depende da natureza do processo e do *status* da autoridade decisória dentro dele. A autoridade decisória será, invariavelmente, obrigada a fornecer ao tribunal algumas informações sobre a decisão. Nos casos em que a revisão é realizada *on the papers*, isso pode ser a única coisa que a autoridade decisória é obrigada a fazer. Nos casos em que houver audiência oral (*oral hearing*), o papel da autoridade inicial dependerá do fato de ter o direito ou o dever de comparecer à audiência. Nos casos em que a autoridade comparece à audiência, o seu papel adequado pode depender da forma como a tarefa do tribunal é entendida. Se a sua tarefa consiste em identificar a decisão correta ou preferível em vez de identificar defeitos na decisão sob revisão, o próprio papel será o de assistir o tribunal na tomada de sua decisão e não de apoiar a decisão e opor-se à demanda.

6.4 O demandante

Se o papel do decisor no processo de revisão é auxiliar o revisor, qual é o papel do demandante? Essa questão tem sido, surpreendentemente, pouco discutida. Mais uma vez, a resposta pode depender de como o papel do tribunal é entendido. Por um lado, pode parecer decorrer da fórmula “correta ou preferível” de que o demandante não teria uma obrigação maior de opor-se à decisão do que teria o demandado de apoiá-la. Por outro lado, se o demandante não pedir ao revisor uma decisão inicial a seu favor, mas a alteração ou anulação de uma decisão que já tiver sido tomada, terá de dar ao revisor uma boa razão para fazê-lo. Embora seja tarefa do revisor identificar a decisão correta ou preferível ao invés de decidir se a decisão primária é ou não correta ou preferível, o revisor não terá razão ou ocasião para modificar ou anular a decisão primária, a menos que esta não seja, em certo sentido, a correta ou preferível. No início do processo da decisão primária, haverá uma escolha mais ou menos aberta entre uma decisão a favor ou contra o demandante.

De fato, a justiça processual exige que a autoridade decisória chegue ao processo com uma mente aberta. Na fase de revisão, a decisão contra o demandante terá, por assim dizer, a vantagem de incumbência. Por conseguinte, é taticamente necessário e deve ser juridicamente adequado que o demandante argumente contra-riamente a essa decisão da maneira mais firme possível.

Comumente, a melhor maneira de fazer isso seria propor uma visão diferente da prova do que aquela tomada pela autoridade primária ou fornecer novas provas que não estavam disponíveis para a autoridade primária. Em alguns casos, o demandante pode argumentar que a decisão foi ilegal ou que foi adotada em um processo com fundamentação imprópria. De qualquer forma, mesmo que o trabalho do tribunal seja identificar a decisão correta ou preferível, a primeira tarefa do demandante deve ser

convencer o revisor de que a decisão sob revisão não é correta ou preferível e não deve ser confirmada. Isso ajuda a explicar por que a questão principal abordada na discussão e na análise da relação entre o demandante e o revisor de mérito não está em saber se aquele deve auxiliar este, mas se e quando este deve ajudar aquele. Tendo convencido o tribunal de que a decisão sob revisão não deveria ter sido confirmada, o demandante poderia então ter de fazer mais para “ajudar” o tribunal a selecionar a decisão correta ou preferível.

7 Alternativas para o modo paradigma

Com base no fato de que a função de um tribunal de *merits review* é garantir que a decisão correta e preferível seja adotada, pode haver qualquer espaço para conclusão do processo no tribunal por acordo entre as partes? Em outras palavras, os processos dos tribunais, como os processos das cortes, podem ser resolvidos (pelas partes)? No caso do *AAT*, uma vez que um pedido de revisão tenha sido feito, o *AAT* pode, sozinho, pôr fim ao processo.⁵² Por exemplo, caso o demandante notifique o *AAT* por escrito informando sobre a desistência ou a retratação da demanda, “o Tribunal julga improcedente o pedido sem proceder à revisão da decisão”.⁵³ Caso as partes cheguem a um acordo, “o Tribunal pode, sem proceder a uma audiência no processo, tomar uma decisão nos termos do “acordo” se “lhe parecer adequado fazê-lo” e desde que o “Tribunal esteja satisfeito com uma decisão nos termos do acordo ou em conformidade com esses termos, dentro dos poderes do Tribunal”.⁵⁴ Tem sido sustentado que as partes não podem, por acordo, conceder ao *AAT* competência que não é dada por lei.⁵⁵ Diz-se que qualquer decisão que dê efeito a um acordo deve ser legal e apropriada,⁵⁶ e o *AAT* adota uma atitude cautelosa em relação a acordos e concessões sobre questões de fato e, particularmente, questões de direito.⁵⁷ O *AAT* “parece [...] dispor de uma discricionariedade para rejeitar um acordo que considera não ser justo para o demandante”.⁵⁸ Por outro lado, não haveria um papel significativo para o acordo como forma de encerrar o processo se o *AAT* tivesse de estar satisfeito com o fato de que qualquer decisão que produzisse fosse “correta ou preferível”. Nessa perspectiva, a função do *AAT* deve ser, talvez, entendida como sendo a de

⁵² AUSTRALIA. Administrative Appeals Tribunal. *Re The International Fund for Animal Welfare (Aust) Pty Ltd and Minister for Environment and Heritage (No 2)*. Sydney, 6 of February 2007, 93 ALD 625, [10].

⁵³ s 42A(1A) and (1B) of *AAT Act*.

⁵⁴ s 34D(1)(d) and (2) of *AAT Act*.

⁵⁵ AUSTRALIA. Federal Court. *Kuswardana v Minister for Immigration and Ethnic Affairs*. Sydney, 1 of June 1981, 35 ALR 186.

⁵⁶ AUSTRALIA. Administrative Appeals Tribunal. *Re Liu and Comcare*. Sydney, 18 of June 2004, 79 ALD 119, [9].

⁵⁷ PEARCE, Dennis. *Administrative Appeals Tribunal*. 4. ed. Australia: LexisNexis Butterworths, 2015. Capítulos 8.5-6.

⁵⁸ PEARCE, Dennis. *Administrative Appeals Tribunal*. 4. ed. Australia: LexisNexis Butterworths, 2015. p. 164.

fazer com que a decisão correta ou preferível esteja sujeita a um acordo (aceitável) entre as partes para efeito diverso.

É comum argumentar que há menos espaço para “resolver”, ao menos, algumas disputas entre cidadãos e governo do que há para resolver disputas entre cidadão e cidadão. Tais argumentos baseiam-se, em parte, na distinção entre direito público e direito privado: não existe razão de princípio para que as pessoas não sejam livres para negociar os seus direitos privados, mas é obviamente menos apropriado para o governo entrar em acordos pelos quais os cidadãos negociam seus direitos contra o Estado ou o Estado concorda em não exercer seus plenos poderes. Além disso, em alguns casos, diz-se, uma decisão contestada é legal ou ilegal, correta ou incorreta, e simplesmente não há espaço para uma “terceira via” legalmente exigível. Por outro lado, pode haver casos – envolvendo, por exemplo, a afetação de recursos escassos em que nenhum indivíduo tenha um direito subjetivo a uma parcela – em que pode haver espaço legítimo para o acordo. Os doutrinadores variam em sua avaliação acerca da força relativa de tais argumentos.

Para além de uma audiência padrão perante o tribunal, o *AAT Act* permite o uso de “processos alternativos de solução de disputas (ADR)”, tais como conferência, mediação, *neutral evaluation*, *case appraisal* e conciliação. No *AAT*, a conferência é, de longe, o procedimento mais comumente utilizado de todos. Pelo menos uma conferência é realizada na maioria dos casos. As partes podem ser convidadas a participar em uma conferência (ou em outro procedimento de ADR) e têm uma obrigação (inexequível) de fazê-lo de “boa-fé”.⁵⁹ Em certa medida, as conferências tomam o lugar de peças processuais: elas proporcionam um fórum no qual as questões podem ser apresentadas e discutidas, e no qual qualquer lacuna na prova pode ser identificada por antecipação e na preparação de uma audiência. No entanto, também oferecem uma oportunidade para explorar perspectivas de acordo e uma potencial adequação de outras formas de ADR.

Na verdade, a maioria das demandas perante o *AAT* é resolvida por esse método sem a realização de uma audiência. As conferências são, normalmente, realizadas em privado, enquanto as audiências são, tipicamente, realizadas em público. O *AAT* também utiliza mediação⁶⁰ e conciliação, sendo esta última obrigatória na área de remuneração dos trabalhadores. Foram elaborados “modelos de processo”

⁵⁹ s 34(5) of *AAT Act*.

⁶⁰ “Um processo voluntário e confidencial no qual um Membro do Tribunal ou um Conference Registrar auxilia as partes a definir as questões em disputa, a desenvolver opções e a chegar a uma solução mutuamente aceitável. É improvável que seja utilizado em aplicações que levantem questões de ordem pública [...] [ou] em que a parte não governamental não esteja representada, ou se a única questão em disputa envolva a interpretação da lei” (HUMPHREYS, D. *Alternative dispute resolution in the Administrative Appeals Tribunal (AAT) in the light of recent amendments to the Administrative Appeals Tribunal Act 1975*. In: INSTITUTE OF ARBITRATORS AND MEDIATORS OF AUSTRALIA CONFERENCE, 2005, Canberra, 27-29 May 2005. p. 7).

para cada forma de ADR e orientações para avaliar a respectiva aptidão que eles desenvolveram.⁶¹

Nos Estados Unidos, a ADR na adjudicação administrativa é regulamentada pelo *Administrative Procedure Act (APA)*.⁶² As técnicas de ADR incluem “conciliação, mediação, *factfinding*, *minitrials*, arbitragem e *ombuds*”.⁶³ A ADR só pode ser utilizada com o consentimento das partes. A APA enumera, de forma expressa, várias situações em que o uso de ADR pode não ser apropriado. Elas incluem circunstâncias nas quais uma resolução autorizada é necessária como um precedente, nas quais estão envolvidas questões políticas significativas, nas quais a coerência é importante, nas quais terceiros são significativamente afetados e nas quais é importante ter um registro público dos procedimentos. A APA também contém várias disposições cujo objetivo é encorajar os adjudicatários a tentar resolver os casos, reunindo as partes em conferências informais e encorajando-as a utilizarem outras técnicas de ADR.⁶⁴ No entanto, parece haver pouca informação disponível ao público a respeito da adjudicação administrativa envolvendo audiências e, por outro lado, a proporção de casos que são resolvidos sem uma audiência.

Em contraste com a posição da Austrália e dos Estados Unidos, o uso da ADR no setor de *tribunais* no Reino Unido não é regulamentado por lei. Uma pesquisa de 44 *tribunais* pelo *Administrative Justice and Tribunals Council* constatou que relativamente poucos usam técnicas de ADR.⁶⁵ A maioria (em particular, aqueles com competência para rever decisões governamentais) pensava que o uso de ADR não era adequado para os tipos de assuntos de que tratavam devido à falta de espaço para negociação. Alguns também citaram barreiras legislativas (como ser obrigado a emitir uma determinação formal após uma audiência) e outros se mostraram preocupados com a possibilidade de que a introdução de uma variedade de opções de ADR criaria incerteza e comprometeria a resolução oportuna dos casos.

Por outro lado, a maioria dos tribunais relatou que eles usavam várias técnicas de *case-management*, como conferências e *early neutral evaluation*, que poderiam ser entendidas como formas de ADR. De fato, a falta de precisão na utilização do termo *ADR* coloca dúvidas sobre seu valor como conceito organizador. A falta de provas empíricas sistemáticas sobre as formas como vários *tribunais* processam sua carga de processos e sobre os custos e benefícios de diferentes métodos de fazê-lo exacerbou o problema e presta aos debates políticos dessa área um caráter frustrantemente difuso e inconclusivo.

⁶¹ DOWNES, G. Alternative dispute resolution at the AAT. *Australian Journal of Administrative Law*, 15, p. 137, 2008.

⁶² §§571-83 of 5 U.S. Code. Estas disposições foram promulgadas pela primeira vez em 1990.

⁶³ §571(3) of 5 U.S. Code.

⁶⁴ §556(c)(6)-(8) of 5 U.S. Code.

⁶⁵ ADMINISTRATIVE JUSTICE AND TRIBUNALS COUNCIL. Adjust Newsletter. The Use of Proportionate Dispute Resolution in Tribunals. London, Fev. 2008.

8 Recursos

A proposição de que a adjudicação administrativa por tribunais consome – e deve consumir – menos recursos do que a adjudicação administrativa pelas cortes sempre foi central para pensar em justiça administrativa. Tribunais, diz-se frequentemente, são mais rápidos e mais baratos do que as cortes. No entanto, essa afirmação, aparentemente simples, está repleta de complexidades e dificuldades. No que diz respeito aos custos, é necessário distinguir entre custo global, custo pessoal para os demandantes e custo para o contribuinte. Vários fatores podem afetar a forma como o custo global da adjudicação administrativa é distribuído entre os demandantes e os fundos públicos. Estes incluem as taxas pagas pelos demandantes, a disponibilidade de financiamento público para aconselhamento e representação, as regras sobre a atribuição de custos a um demandante bem-sucedido e o papel do adjudicador no processo de adjudicação (em termos de extrair seus próprios conhecimentos pessoais e experiência, e participando ativamente na colheita de provas à custa dos contribuintes).

Em relação ao custo e à celeridade, as declarações relativas e significativas sobre cortes e tribunais precisariam ser baseadas em um padrão comum de medição – recursos consumidos por unidade de adjudicação, poderíamos dizer. Até onde eu sei, nenhum padrão comum foi desenvolvido ou sugerido; e isso pode explicar parcialmente por que não há provas empíricas sistemáticas sobre a “eficiência” relativa das cortes e tribunais. Um problema sério na construção de tal padrão de medida decorre da visão generalizada de que pode haver um *trade-off* entre os recursos consumidos e a qualidade do produto. Um tema persistente na literatura sobre adjudicação, *grosso modo*, é que os *tribunais*, necessariamente, fornecem um produto de segunda classe, precisamente porque consomem menos recursos. No entanto, o conceito de “qualidade” nesse contexto é extremamente difícil de definir e a sua relação com os recursos é efetivamente impossível de medir.

O aspecto dos recursos que tem recebido maior atenção é o da representação. O argumento básico é que as várias características do processo do tribunal que o distinguem do procedimento da corte – informalidade, liberdade de prova, adjudicação ativa etc. – são parcialmente projetadas para tornar desnecessário que os demandantes estejam representados e sejam eficazes para esse fim. Como resultado (diz-se), essas características do processo do tribunal reduzem o seu custo global. Com base no pressuposto comum de que a representação aumenta a duração do processo, pode-se ainda argumentar que essas características também reduzem o tempo necessário para resolver demandas. Como em relação às questões mais gerais de celeridade e custo, tais argumentos não foram (e talvez não poderiam efetiva ou eficientemente ser) submetidos a uma investigação empírica sistemática.

Tal pesquisa empírica, como foi feita, trata da relação entre a representação e a taxa de sucesso das pretensões (embora a distinção entre sucesso e sucesso justificado – acurácia – nem sempre seja explicitamente reconhecida). Com base numa pesquisa inglesa conduzida nos anos 80,⁶⁶ é agora de conhecimento geral que os demandantes representados, como um grupo, são mais bem-sucedidos do que os demandantes não representados. Por exemplo, em 1995, o *Australian Administrative Review Council* expressou forte oposição à limitação ou exclusão do direito de ser representado e se posicionou contrariamente a qualquer proibição de representação legal.⁶⁷ Trata-se de recomendações gerais aplicáveis igualmente a processos em que a autoridade decisória é parte e a processos em que tal autoridade não participa ativamente.⁶⁸ Embora seja raro que a representação seja proibida, a questão prática é financeira. A falta de financiamento público para a representação e a ausência de poder do tribunal para atribuir custos pode tornar difícil para muitos usuários do tribunal garantir a representação, especialmente por um advogado.

9 Conclusão

Nesse estudo, examinei o conceito de “justiça administrativa” no contexto da interação entre tribunais e seus usuários. Um tema recorrente da análise tem sido a extensão em que os processos e procedimentos do tribunal podem ser entendidos como uma variante ou versão dos processos e procedimentos das cortes, por um lado, e em que medida eles podem ser entendidos em termos de uma função distintiva desempenhada pelos tribunais, por outro. Esses dois entendimentos refletem duas explicações e justificações dos tribunais. Uma é que os tribunais desempenham uma função essencialmente similar à das cortes, só que melhor – ou pior, dependendo da visão que se tem da relação entre os valores “jurídicos” de equidade e justiça, por um lado, e da informalidade, flexibilidade, celeridade e economia, por outro. O outro esclarecimento e a outra justificação para os tribunais é que eles desempenham uma função essencialmente diferente das cortes. Essas duas perspectivas, respectivamente, produzem conceitos significativamente diferentes da justiça administrativa fornecida pelos tribunais e por sua qualidade e conveniência.

⁶⁶ GENN, Hazel; GENN, Y. *The effectiveness of representation at tribunals*. London: Lord Chancellor's Department, 1989.

⁶⁷ ADMINISTRATIVE REVIEW COUNCIL. *Better decisions: review of Commonwealth merits review Tribunals*. Canberra: Australian Government Publishing Service, 1995. p. 3.163-3.189.

⁶⁸ Às vezes, sugere-se que uma boa razão para excluir a autoridade decisória das audiências é reduzir a necessidade de o requerente estar representado.

Referências

- ADLER, Michael. Fairness in context. *Journal of Law and Society, Wales*, v. 33, n. 4, p. 615-638, 2006.
- ADLER, Michael. Lay Tribunal members and administrative justice. *Public Law*, 1999.
- ADLER, Michael. Tribunal reform: proportionate dispute resolution and the pursuit of administrative justice. *The Modern Law Review*, London, v. 69, n. 6, p. 958-985, 2006.
- ADMINISTRATIVE JUSTICE AND TRIBUNALS COUNCIL. *Adjust Newsletter*. The use of proportionate dispute resolution in Tribunals. London: [s.n.], 2008. Disponível em: <<http://bit.ly/2iybdtG>>. Acesso em: 7 dez. 2016.
- ADMINISTRATIVE REVIEW COUNCIL. *Better decisions: review of Commonwealth merits review Tribunals*. Canberra: Australian Government Publishing Service, 1995.
- ALLARS, Michal. A General Tribunal Procedure Statute for New South Wales? *Public Law Review*, v. 4, p. 19, 1993.
- AUSTRALIA. COMMITTEE ON ADMINISTRATIVE DISCRETIONS. *Final report of the Committee on Administrative Discretions*. Bland Committee Report. Canberra: Australian Government Publishing Service, 1973. Disponível em: <<http://bit.ly/2jkHrpF>>. Acesso em: 17 jan. 2017.
- BACON, R. A study in Tribunal amalgamation: the importance of a principled approach. *Journal of Social Security Law*, London, v. 12, p. 81, 2005.
- BAILEY, Peter. Is administrative review possible without legalism? *Australian Journal of Administrative Law*, Australia, v. 8, n. 4, p. 163-175, 2001.
- CANE, Peter. *Administrative tribunals and adjudication*. Oxford: Hart Publishing, 2009.
- DEPARTMENT OF CONSTITUTIONAL AFFAIRS. *Transforming public services: complaints, redress and tribunals*. London: HMSO, 2004.
- DOWNES, G. Alternative dispute resolution at the AAT. *Australian Journal of Administrative Law*, 15, p. 137, 2008.
- DOWNES, G. Expert witnesses in proceedings in the Administrative Appeals Tribunal. *The NSW Bar Association Administrative Law Section*, Sydney, p. 2, 2006. Disponível em: <<http://bit.ly/2jt21q6>>. Acesso em: 14 ago. 2008.
- DWYER, Joan. Fair play the inquisitorial way: a review of the Administrative Appeals Tribunal's use of inquisitorial procedures. *Australian Journal of Administrative Law*, Australia, v. 5, p. 5, 1997.
- DWYER, Joan. Overcoming the adversarial bias in Tribunal procedures. *Federal Law Review*, Australia, 20, p. 252-275, 1991.
- FARMER, J. A. A model code of procedure for Administrative Tribunals – An illusory concept. *New Zealand Universities Law Review*, New Zealand, v. 4, 1970.
- GENN, Hazel *et al.* *Tribunals for diverse users*. DCA Research Series 1/06. London: Department for Constitutional Affairs, 2006.
- GENN, Hazel. *Paths to Justice: what people do and think about going to law*. Oxford: Hart Publishing, 1999.
- GENN, Hazel. Tribunals and Informal Justice. *Modern Law Review*, London, v. 56, n. 3, p. 393-411, 1993.
- GENN, Hazel; GENN, Y. *The effectiveness of representation at tribunals*. London: Lord Chancellor's Department, 1989.
- HUMPHREYS, D. Alternative dispute resolution in the Administrative Appeals Tribunal (AAT) in the light of recent amendments to the Administrative Appeals Tribunal Act 1975. In: INSTITUTE OF ARBITRATORS AND MEDIATORS OF AUSTRALIA CONFERENCE, 2005, Canberra, 27-29 May 2005.

- LEGGATT, Andrew. *Tribunals for users: one system, one service*. London: The Stationery Office, 2001.
- MASHAW, Jerry L. *Bureaucratic justice: managing social security disability claims*. New Haven and London: Yale University Press, 1983.
- MASHAW, Jerry L. The management side of due process. *Cornell Law Review*, New York, v. 59, n. 5, p. 772, 1974.
- MINISTRY OF JUSTICE OF UNITED KINGDOM. *Transforming Tribunals: Implementing Part 1 of the Tribunals, Courts and Enforcement Act 2007*, Consultation Paper CP 30/07. London: Ministry of Justice, 2007.
- PEARCE, Dennis. *Administrative Appeals Tribunal*. 4. ed. Australia: LexisNexis Butterworths, 2015.
- PROSSER, T. Poverty, ideology and legality: supplementary benefit Appeal Tribunals and their predecessors. *British Journal of Law and Society*, London, v. 4, p. 39-60, 1977.
- TAGGART, Michael. The nature and functions of the State. In: CANE, Peter; TUSHNET, Mark (Eds.). *The Oxford Handbook of Legal Studies*. Oxford: Oxford University Press, 2003.
- TAGGART, Michael. The rationalisation of Administrative Tribunals Procedure: the New Zealand experience. In: CREYKE, R. (Ed). *Administrative Tribunals: taking stock*. Canberra: Australian Institute of Administrative Law, 1992.
- VINCENT-JONES, P. *The new public contracting: regulation, responsiveness and relationality*. Oxford: Oxford University Press, 2006.

Decisões judiciais

- AUSTRALIA. Administrative Appeals Tribunal. Allan v Development Allowance Authority. Melbourne, 9 set. 1998.
- AUSTRALIA. Administrative Appeals Tribunal. Brisbane Airport Corporation Ltd v Deputy President Wright (as a Presidential Member of the Administrative Appeals Tribunal). Brisbane, 2002.
- AUSTRALIA. Administrative Appeals Tribunal. Re Hanrahan and Repatriation Commission. Canberra, 2008.
- AUSTRALIA. Administrative Appeals Tribunal. Re Liu and Comcare. Sydney, 18 jun. 2004.
- AUSTRALIA. Administrative Appeals Tribunal. Re The International Fund for Animal Welfare (Aust) Pty Ltd and Minister for Environment and Heritage (n. 2). Sydney, 6 fev. 2007.
- AUSTRALIA. Federal Court. Kuswardana v Minister for Immigration and Ethnic Affairs. Sydney, 1 jun. 1981.
- AUSTRALIA. High Court. Allan v Transurban City Link Ltd. Canberra, 2001.
- AUSTRALIA. High Court. Australian Conservation Foundation Inc v Commonwealth. Canberra, 1980.
- AUSTRALIA. High Court. Griffith University v. Tang. Canberra, 2005, 79 ALJR 627; 2005, HCA 7.
- AUSTRALIA. High Court. Minister for Immigration and Multicultural Affairs v. Eshetu. Canberra, 13 Maio 1999.

Informação bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2002 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

CANE, Peter. Por que ter tribunais administrativos?. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 17, n. 69, p. 77-110, jul./set. 2017. DOI: 10.21056/aec.v17i69.484.
