

NOTA BIBLIOGRÁFICA

“*La Juridition Administrative ao Bresil*”

JOAQUIM PIMENTA

O título é de uma tese de J. GUILHERME DE ARAGÃO, para o doutorado em Direito, apresentada e sustentada publicamente, em 1.º de junho de 1954, na Faculdade de Direito de Paris, perante uma comissão constituída dos seguintes professores: Madame PAUL BASTID, MARCEL WALLINE e GEORGES VEDEL.

Começamos por lamentar que tão excelente trabalho não tenha sido vertido para a língua portuguesa, pois representa uma valiosíssima contribuição histórica e de conhecimentos atualizados sobre o que tem sido, no direito público brasileiro, a exemplo do que ocorre em outros países, o instituto da *jurisdição administrativa*, ou em sentido mais amplo, um dos setores da ciência jurídica, que marca, ora a linha divisória, ora a esfera comum da competência de poderes do Estado na decisão de litígios suscitados por atos administrativos.

Logo na *Introdução* começa J. GUILHERME DE ARAGÃO por afirmar que «o Estado, no Brasil, conta com duas experiências jurisdicionais: de um lado, a da dualidade de jurisdição baseada sobre a separação das autoridades administrativas e judiciárias; do outro, a da unidade de jurisdição consistindo em conceder somente ao Poder Judiciário o exercício da função jurisdicional». A dualidade de jurisdição, êle a localiza no Império; a unidade de jurisdição, na República, adquirindo, aqui, um tipo de dualidade, porém, *formal*, isto é, de justiça privativa do Estado e de justiça privativa da União.

A dualidade de jurisdição sob o Império, conduz ao «problema do contencioso administrativo», com raízes no direito colonial luso e no direito público francês. No Brasil-Colônia, havia o empenho de assegurar a boa administração dos interesses orçamentários e fiscais da Coroa e da Igreja, a primeira, com o seu Conselho do Tesouro e Juntas de Comércio, a segunda, com o seu Tribunal de Consciência e das Ordens. No Brasil-Império a jurisdição administrativa passa a ser exercida pelo Conselho de Estado, instituído pela Constituição de 1824, e por outros órgãos, como o Tribunal do Tesouro e as Tesourarias Provinciais, «competentes para decidirem com autoridade de coisa julgada, ao passo que sempre se discutiu sobre se o Conselho de Estado teria simplesmente atribuições consultivas jurisdicionais».

Mas esclarece GUILHERME DE ARAGÃO, que «o Conselho de Estado brasileiro, à imitação do Conselho de Estado francês, apareceu como um organismo de consulta junto à suprema autoridade governamental e da suprema direção dos negócios públicos... ou como «um instrumento moderador

do 4.º Poder, exercido pelo Imperador entre os três clássicos Podêres de Estado».

Segue-se, em três longos capítulos, um minucioso histórico de sua criação e supressão, do seu restabelecimento e organização, até quando se extinguiu de vez, com o advento da República; dissertação em que sobressai o senso de análise e riqueza de erudição igualmente extensivos aos fundamentos jurídicos que justificavam a sua razão de ser na política e administração do governo imperial.

Alguns juristicistas, entre os quais o eminente Professor THEMISTOCLES CAVALCANTI, descobrem a origem do Conselho de Estado no Conselho dos Procuradores, criado em 1922, mas GUILHERME DE ARAGÃO informa que antes dêste existia um Conselho de Estado junto a D. JOÃO VI, foragido no Brasil, quando da invasão de Portugal pelas tropas de NAPOLEÃO, tendo sido a seu alvitre que se decidira o monarca a não voltar a Lisboa, enquanto ali permanecesse o exército invasor, e a declarar guerra ao Corso; o que fêz (ordenando a ocupação da Guiana Francesa.

Integrado ou vinculado às prerrogativas do Poder Moderador, que, diz GUILHERME DE ARAGÃO, «é, em realidade, um superpoder», consistiam as suas atribuições em pronunciar-se sôbre «todos os graves e complexos negócios de interêsse para a alta direção do Império, como ainda sôbre o funcionamento dos Podêres do Estado»; entretanto, sem atingir, qual ocorreu com o Conselho de Estado da França, a categoria de um tribunal de jurisdição autônoma para os atos de administração pública, não obstante ocupar, mesmo como órgão consultivo, pôsto superior ao do Governo e da Administração.

Mas historia GUILHERME DE ARAGÃO :

«O Conselho de Estado encontrava-se, com efeito, muito altamente colocado na Constituição de 25 de março de 1924 para não ser combatido pela oposição política que se levantara contra o Imperador. Desde a dissolução da Constituinte em 1823, o ódio dos grupos políticos aumentava cada vez mais contra D. PEDRO I», envolvendo o próprio Conselho, se não fôsse êste uma das causas da reação que culminou no golpe de Estado de 7 de abril de 1931, e que o fêz desaparecer com a queda do monarca, para ser restabelecido no segundo Império. A Fala do Trono de 3 de maio de 1841 encarecia, perante a Assembléia Geral, «a necessidade de um Conselho de Estado para responder às consultas imperiais concernentes aos assuntos mais graves e importantes do Governo, e, sobretudo, às que se relacionam com o exercício do Poder Moderador. D. PEDRO II não só confirma o caráter originário do Conselho de Estado, como enuncia disposições legislativas e empreendimentos governamentais e administrativos, para os quais seria preciso seu prévio aviso». Restaurado pela Lei n.º 234, de 23 de novembro do mesmo ano, além de suas funções consultivas, o Conselho passou a exercer funções jurisdicionais, para decidir sôbre conflitos entre autoridades administrativas e judiciárias, ainda entre autoridades eclesiásticas e civis.

Os Conselheiros, em número de doze ordinários, e doze extraordinários, suplentes, eram distribuídos por sessões, reunidos sob a presidência de um Ministro de Estado, a que o assunto, a ser discutido, devesse interessar, e em plenário, sob a presidência do Imperador. Além das «graves e complexas

questões que interessavam ao exercício do Poder Moderador», ainda se incumbia de preparar projetos de leis, regulamentos administrativos, quando consultados ou solicitados pelo Imperador, ou por iniciativa própria. Quanto à atividade regulamentar do Conselho de Estado, a sublinha e comenta GUILHERME DE ARAGÃO :

«O Império é fundado sôbre uma organização administrativa de tipo unitário. As províncias brasileiras estão submetidas às mesmas leis, aos mesmos regulamentos gerais que o govêrno central. As leis locais preparadas pelas Assembléias Provinciais devem ser compatíveis com as leis gerais. Daí novas atribuições conferidas ao Conselho para o exame das leis provinciais, ainda extensivas à redação de novas leis, de regulamentos, de instruções e de decretos para a sua aplicação local.»

A função contenciosa do Conselho se faz sentir quando duas autoridades, uma judiciária e outra administrativa, entram em conflito de competência (conflito positivo) sôbre a natureza ou conteúdo de um ato de administração, chefes de administrações provinciais e dos chefes dos ministérios, acrescenta: se consideram incompetentes para decidir (conflito negativo) cabendo à seção do Conselho opinar, depois de ouvir uma e outra. Cabia-lhe julgar os recursos interpostos de decisões dos presidentes de Província e dos Ministros de Estado, mas, referindo-se a essas duas jurisdições, a dos chefes de administração provinciais e dos chefes dos ministérios, acrescenta:

«A primeira nunca foi organizada, ao passo que a segunda pôs em prática, à sua maneira, o regime do ministro juiz, estando cada ministro à frente de seu órgão local do contencioso.»

Segue-se uma longa e erudita exposição sôbre os recursos na parte referente à jurisdição de caráter financeiro, do Tribunal do Tesouro, dos Tribunais de Comércio, passando depois a uma análise ainda mais extensa, histórica e doutrinária, das «características e tendências do contencioso», já sob a influência do direito público francês, mais acertadamente do direito administrativo que, nas primeiras décadas do século XIX evoluiu no sentido de tornar o Conselho de Estado, na França, o modelo de um organismo de jurisdição autônoma ou com prerrogativas de um autêntico tribunal, sem dependência do Govêrno ou do Poder Executivo, evolução já prevista na Constituição de 1791, não permitindo esta ao Corpo Legislativo e mesmo ao Rei exercerem funções judiciárias. De acôrdo com a maioria dos autores, GUILHERME DE ARAGÃO fixa em três fases o desenvolvimento da jurisdição administrativa naquele país :

- 1.º) a fase do contencioso confiado à Administração ativa;
- 2.º) a do contencioso sob a autoridade jurisdicional do Chefe de Estado, com a assistência do Conselho de Estado;
- 3.º) enfim, a que se caracteriza pela existência de uma jurisdição especial, com uma organização própria e um poder próprio de decisão.

O govêrno imperial do Brasil adotou o modelo francês, mas não foi além da segunda fase porque aquêle passou, ou como observa GUILHERME DE ARAGÃO :

«Nosso contencioso administrativo teve uma outra sorte. A despeito do exemplo de seu modelo francês, que os nossos publicistas e homens públicos do Império conheciam, o nosso Conselho de Estado chegou até 1889, tal como tinha começado com o regulamento n.º 124, de 5 de fevereiro de 1842, conservando os mesmos traços característicos do Conselho de Estado Napoleônico», ou, como planta transportada a clima diverso, não cresceu ou estacionou com a monarquia, outra planta exótica ou insólita em terras americanas...

Refere-se a dois projetos de reforma do contencioso, aos quais estão ligados nomes de alto relêvo da cultura jurídica do Brasil Império: NABUCO DE ARAÚJO e PIMENTA BUENO, Marquês de São Vicente, mas «a reforma de NABUCO não devia ultrapassar o quadro estreito do contencioso existente e não fez senão traçar vagamente uma linha de separação entre a competência administrativa e a competência judiciária», mais favorável a esta do que àquela prescrevendo para o contencioso administrativo normas de processo civil, ou que «as decisões administrativas fôssem executadas como as sentenças judiciárias, não só em coisa julgada, mas conforme o processo civil da execução». O projeto de PIMENTA BUENO limitava-se a criar o contencioso provincial e um corpo de auditores, para «abrir e desenvolver a carreira administrativas» e recrutar «os presidentes de província e os diplomatas».

A queda do Trono teria de arrastar um organismo de enxêrto, estacionário ou de velhice precoce, sem raízes profundas em uma tradição jurídica, como não as tivera a monarquia em um clima que motivos de ordem sociológica e histórica não a permitiram que se estratificasse na alma popular esboroando-se ao primeiro toque de clarim de uma simples parada militar, no Campo de Santana...

A segunda parte da tese, não menos, senão mais minuciosa que a primeira, e com o mesmo vigor de análise e senso crítico, versa sôbre «a experiência da unidade de jurisdição», no govêrno republicano, de forma federativa, substituídas as Províncias por Estados autônomos. Começa aludindo à proclamação da República e à Constituição de 24 de fevereiro de 1891, sôbre a qual cita, de ALBERTO TÔRRES, que «é uma coleção de normas bastardas, em que se encontram idéias antagonistas sôbre pontos vitais e que não têm existência real na vida do país. Em matéria de regime representativo, não temos recuado além do que a representação do tempo da monarquia, nosso federalismo é justamente o contrário da federação».

Sem contestar o fundo de verdade que transparece no pensamento de ALBERTO TÔRRES, a quem considera «o crítico mais notável da primeira República», pensamento de sociólogo para compreender que uma constituição não pode ser um rótulo apenas colado à realidade política e jurídica na existência de um povo, pois esta pressupõe hábitos, costumes, instituições já secularmente extratificados, para se ajustarem a normas arbitrárias ou artificiais do legislador, a propósito, observa e comenta GUILHERME DE ARAGÃO :

«Por outro lado, dois fatores, um de ordem histórica, outro de natureza cultural, obstavam a incorporação do novo regime ao meio social para o qual tinha sido instaurado. O primeiro é o fato de que o Brasil adotara com muito entusiasmo e romantismo político o regime constitucional de um país cuja formação nacional se desenvolvera em um sentido contrário ao seu.

A União americana apareceu como o resultado imponente de um aglomerado progressivo de Estados autônomos que sacrificavam sua autonomia em proveito de um pacto coletivo para a defesa, em um domínio mais largo, de seus interesses comuns. O Brasil nasceu na História como um legado soberbo da colonização portuguesa.»

Comparadas, na sua formação, as duas Repúblicas — a norte-americana e a brasileira — a primeira emergiu de um movimento de estrutura, de profundidade; a segunda, de um movimento de superfície, de imitação, de ideologismo britânico, por isto mesmo distanciado da objetividade das condições de existência, naturais, históricas e sociológicas, de uma nacionalidade ainda em esboço de estruturação democrática.

O fator cultural foi a influência que sempre se fez sentir nos teóricos do direito público e dos legisladores constituintes do racionalismo metafísico dos ideólogos da Revolução Francesa, ou conforme depõe RUI BARBOSA, o maior cérebro pensante, senão o magno autor da Constituição de 24 de fevereiro: citado na tese:

«Vínhamos de França, da escola francesa, das tradições da grande Revolução, em que a nossa juventude se inspirou das primeiras lições de amor pela liberdade e em que ela nutriu os seus primeiros sonhos de civismo e colheu suas grandes esperanças em um melhor futuro de nossa pátria... Nessa transição, os homens políticos que não tinham o hábito da linguagem republicana, a fascinação das idéias de 1789, a educação das maneiras da escola francesa, aquêles homens se achavam responsáveis de tudo o que lhes fôsse mais essencial para empreender a realização exata da forma de govêrno que acabava de adotar.»

Passa GUILHERME DE ARAGÃO a considerar o sistema jurisdicional do novo regime — de dualidade de justiça — justiça a cargo dos Estados e justiça a cargo da União; cada qual como que situada em «um domínio jurisdicional, separado e incomunicável; as duas, porém, vinculadas, por via de recurso, à área de jurisdição do Supremo Tribunal; justiça bipartida, que se atribui a juizes e tribunais estaduais, para os litígios civis e comerciais, inclusive o julgamento de delitos comuns; a juizes e tribunais federais os litígios entre particulares e o Estado, ou citando o Ministro PEDRO LESSA, «incumbindo a ela apreciar e julgar tôdas as ações intentadas pela União contra os particulares e vice-versa». Justiça comum, civil, criminal, não administrativa ou contenciosa, eis em que se tornou o sistema jurisdicional da República, ou no dizer de RUI BARBOSA, «a nossa Constituição eliminou positivamente os elementos do contencioso administrativo em vigor sob a monarquia, fechando a porta à menor tentativa para o restabelecer».

Entretanto, a distinção entre o recurso gracioso e o recurso contencioso, clássica no direito administrativo francês, e como tal, adotada no nosso direito imperial, «fêz abrir novas discussões doutrinárias sôbre a questão da sobrevivência do contencioso administrativo», a propósito da lei 392 de outubro de 1896, criando o Tribunal de Contas, com atribuição de julgar as contas de todos os responsáveis pela gestão dos dinheiros públicos e pela administração dos valores e dos bens públicos. E citando, ainda PEDRO LESSA:

«As atribuições concedidas ao Tribunal de Contas pela Lei nº 392 podem ser inteiramente compreendidas no corpo de princípios com os quais

o Conselheiro RIBAS compunha o quadro jurisdicional do contencioso administrativo do Império. Elas representam, sem nenhuma dúvida, funções características do contencioso administrativo.» Todavia, observa o grande ministro, que, se a Constituição de 24 de fevereiro de 1891 confere ao Tribunal de Contas a função de regular ou verificar a legalidade de aplicação dos dinheiros públicos, não faz senão definir a função de controle orçamentário, que, com efeito, lhe atribui, porém no seu art. 60 ordena que se enviem ao juiz federal todos os litígios, quaisquer que sejam, suscitados entre a União Federal e os particulares e vice-versa. Não teriam, pois, as decisões do T.C. a mesma eficácia jurídica das que tinham as dos antigos tribunais do Império, ou não eram definitivas, porquanto deixavam caminho aberto aos particulares para recorrerem ao poder judiciário». «Esta posição, reforçada por RUI BARBOSA, diz GUILHERME DE ARAGÃO, prevaleceu em princípio durante a primeira República, a despeito da Lei n.º 392 e da Constituição. Ela não impediu, todavia, que se chamassem de contenciosas certas decisões previstas na Lei n.º 392», ou no § 1.º do art. 4.º, com o emprêgo da expressão «sentença definitiva da tomada de contas», e ainda no § 2.º, estabelecendo que os recursos de oposição, quando infringem ou modificam a sentença, serão julgados pelo Tribunal de Contas.

Depois de estender-se no exame dos debates suscitados sobre a área de competência jurisdicional do T.C., em que figuram outros nomes não menos ilustres, como os JOÃO BARBALHO, ARARIPE JÚNIOR e RODRIGO OTÁVIO, chega às seguintes conclusões, em que resume a evolução desse órgão no sentido de adquirir uma aparelhagem normativa e técnica de jurisdicionalidade contenciosa ou de justiça administrativa:

«Enquanto organismo destinado a julgar a legalidade da execução orçamentária, o Tribunal viu as suas funções se desenvolverem. O alargamento de suas atribuições jurisdicionais é atestado por uma série de atos legislativos postos em vigor, desde a Constituição de 1891 a 28 de janeiro de 1922. Esta data marca um novo período para a jurisdição orçamentária e fiscal, na República, com a adoção do Código de Contabilidade». Êste (Lei n.º 4.536, de 26 de janeiro de 1922) ampliou a competência do T.C. sobre o «registro prévio» e o «registro posterior» das despesas públicas, estendendo-a às pensões e contratos ajustados pela administração; estabeleceu um controle rigoroso, pelo Tribunal, não só em relação ao emprêgo de dinheiros públicos, como sobre valores e bens móveis e imóveis da União.

Uma parte não menos notável e atualíssima da tese, já em um ambiente social e político mais desentrevado ou livre do espírito individualista e escolástico que inspirou o constitucionalismo de 89, versa sobre «a transformação da República e suas conseqüências jurisdicionais», a partir da Revolução de 1930, com «os seus caracteres políticos e administrativos».

Espírito arejado, sem ortodoxia de credo, de escola, de partido, para objetivamente compreender a profundidade e complexidade dos problemas sociais que agitam a sociedade contemporânea, fora ou dentro da norma jurídica que os recolhe, que os ordena, resolve e disciplina, a sua primeira atenção foi para os que estão vinculados à economia nacional, ou às relações entre empregadores e empregados; campo de conflitos que tomam forma aguda, com evidente perigo para a estabilidade das instituições, por isto mesmo, exigindo do Estado ação, que deixou de ser *policial*, por inútil ou

contraproducente, para ser *social* e humana. Discrimina os principais aspectos do regime de proteção jurídica do trabalho, quais sejam — a igualdade de salário, sem distinção de idade, sexo, nacionalidade e estado civil do empregado; salário-mínimo e limitação das horas de serviço; regulamentação do trabalho de menores e do trabalho de adultos em indústrias insalubres; indenização do empregado, quando dispensado sem justa causa, sua estabilidade na empresa, após dez anos de serviço, instituição de previdência para todos os trabalhadores industriais e comerciais. Refere-se, em seguida, ao intervencionismo do Estado no domínio das atividades econômicas, a criação de organismos técnicos de orientação, de controle, para melhor ajustá-la aos interesses coletivos ou de ordem pública que elas, direta ou indiretamente, envolvem, atingindo o mesmo espírito de reforma a larga esfera do serviço público, regulados, estatutariamente, os deveres e direitos dos servidores do Estado; e como «conseqüências jurisdicionais, dois fatos principais: o primeiro é a tentativa para instituir um tribunal administrativo, juiz de direito comum, ao lado da jurisdição judiciária; o segundo é o surto das jurisdições especiais, de atribuições», qual, por exemplo, a Justiça do Trabalho, cujos órgãos foram equiparados aos da justiça comum, como enumera, com atribuições jurisdicionais, entre outros, os Conselhos de Águas e Energia Elétrica, das Minas, de Terras da União, de Imigração e Colonização, do Serviço do Patrimônio Histórico e Artístico Profissional, e por último, o Tribunal Marítimo Administrativo, passando a fixar o grau de competência jurisdicional de cada um.

Prossegue a dissertação da tese já em caminho para as suas conclusões finais ou por onde teria, necessariamente, de terminar, isto é, detendo-se sobre o controle judiciário dos atos administrativos, destacando o Mandado de Segurança, «instrumento jurisdicional», utilizado para anular ou sustar o ato administrativo tido por ilegal ou inquinado de abuso do poder, entrando, depois, no campo das ações ordinárias e específicas, estas mais concernentes a casos de direito público, do que de direito privado.

Terminamos esta resenha, aliás, muito incompleta, da erudita e brilhante dissertação de GUILHERME DE ARAGÃO, com o que nos parece ser o pensamento fundamental da sua tese, quando, em referência aos «princípios gerais do contencioso administrativo», assim se manifesta :

«É preciso estabelecer alguns princípios concernentes à jurisdição administrativa. Devemos enunciar as regras que visam a distinguir o contencioso objetivo do contencioso subjetivo. Devemos, primeiro, estabelecer o princípio da prioridade das regras de direito público sobre as de direito privado e a aplicação subsidiária das de direito privado. Dois pontos, sobretudo, devem ser claramente marcados: a delimitação do domínio de controle jurisdicional e as conseqüências do princípio da autoridade da coisa julgada. No primeiro caso, é questão de determinar o domínio do controle da legalidade, com a exclusão dos atos de governo, dos atos discricionários e dos atos disciplinares. Foi justamente o desaparecimento dessas exceções que provocou a extensão do domínio do controle judiciário, até certos atos que foram considerados sempre como fora de sua alçada, tais, por exemplo, o ato administrativo de declaração de utilidade pública na desapropriação, o ato administrativo disciplinar, o ato discricionário. É preciso reajustar os fundamentos da legalidade do ato administrativo para estabelecer o seu justo controle jurisdicional.»