

PÁGINAS CLÁSSICAS DE DIREITO ADMINISTRATIVO

Origem do Contencioso Administrativo

ANTÔNIO JOAQUIM RIBAS

Primeiro Professor de Direito Administrativo na Faculdade de Direito de São Paulo, ANTÔNIO JOAQUIM RIBAS se coloca entre os primazes da nossa bibliografia jurídica na especialidade. Apenas superado pelo compêndio de Vicente Pereira do Régo, publicado no Recife, em 1857, o seu trabalho de cunho didático aparece, em 1866, sob o título de "Direito Administrativo Brasileiro", em edição de F. L. Pinto & Cia., Livreros-Editôres, instalados à rua do Ouvidor, 87, no Rio de Janeiro. Obra premiada e aprovada pela Resolução Imperial de 9 de fevereiro de 1861 para uso das aulas das Faculdades de Direito do Recife e São Paulo

(os dois centros de estudos jurídicos da época), a obra concluída desde 1860 somente veio a lume seis anos mais tarde.

São dêsse manual os trechos a seguir reproduzidos, em que o emérito jurista estuda a origem e a evolução do contencioso administrativo na Colônia e no Império. Reunindo abundante material histórico, a divulgação do trabalho apresenta aos estudiosos um panorama seguro da experiência tímida e imprecisa com que, entre nós, se ensaiou a separação entre o contencioso judiciário e administrativo.

A JURISDIÇÃO contenciosa, como a graciosa, sendo o complemento necessário da ação administrativa (Portalis), torna-se evidente que decorre da mesma origem donde esta emana; pode-se generalizar às atribuições de todos os cargos públicos a doutrina de Javolenus fr. 2 D. De juridic. (II, 1) — Cui jurisdictio data est, ea quoque concessa esse videntur, sine quibus jurisdictio explicari non potest.

Função e importante, de um dos poderes sociais, a sua origem primitiva não pode ser senão a constituição política do Estado, e não quaisquer leis ordinárias, anteriores ou posteriores a ela.

Assim o art. 10 da Constituição que cria o poder executivo, e o art. 102 que define as suas principais atribuições, os arts. 165, 167, 170, os arts. 1, 10 e 11 da lei da reforma constitucional e os demais que criam as administrações especiais das províncias, dos municípios, da fazenda nacional, são a matriz da jurisdição administrativa contenciosa e os títulos de sua legitimidade.

Nem se estranhará que esta função da administração não esteja explícita e amplamente desenvolvida na lei fundamental, se atender-se que as noções relativas a este ramo da ciência não tinham atingido ainda ao grau de dedução, e de clareza, em que hoje se acham.

A antiga legislação e jurisprudência confundiam o contencioso judiciário e administrativo, e com êles a ação espontânea e graciosa da administração. O que se denominava jurisdição, ou ofício

nobre do juiz, compreendia atribuições pela maior parte de caráter administrativo, especialmente as que eram exercidas sem requerimentos de partes, por força do regimento do juiz, ou por interesse público (Pereira e Sousa, Linh. Civ. nota 980). A jurisdição, ou ofício mercenário do juiz, só atuava por provocação das partes, dentro da média dela, de sorte que não podia exceder o pedido na ação (Ord. Liv. 3.º tit. 66 § 1.º) e terminava com a sentença (Ord. Liv. 3.º tit. 65 princ. e tit. 66 § 6.º); Ulpiano fr. 55, D. De Jurisdic. (XI, 2) — Judex posteaquam semel sententiam dixit, postea judex esse desinit... semel enim malé seu bené officio functus est.

Mas assim como os magistrados judiciários exerciam, e ainda exercem, numerosas e importantes funções administrativas, do mesmo modo autoridades de natureza indisputavelmente administrativas exerciam funções judiciárias tais como:

O conselho da real fazenda (Lei de 22 de dezembro de 1761); extinto pela de 4 de outubro de 1831, art. 90.

A mesa de consciência e ordens (Alv. de 2 de janeiro de 1606, 2 de abril de 1808 etc.); extinta pela lei de 22 de setembro de 1828.

O conselho ultramarino. (Reg. de 14 de julho de 1642, Alv. de 22 de dezembro de 1643, e 16 de junho de 1763); unido ao desembargo do paço, (Alv. de 2 de abril de 1808, arts. 1.º e 2.º).

O do almirantado (C. de L. de 26 de outubro de 1799); unido ao conselho supremo militar pelo Alv. de 1.º de abril de 1808, art. 2.º.

A junta dos três estados (Reg. de 9 de maio de 1654 e 29 de dezembro de 1721); extinta pelo Alv. de 8 de abril de 1813, etc.

A inauguração do sistema constitucional representativo entre nós deu nova tendência ao espírito dos nossos legislativos. Entendeu-se que era necessário separar-se, e distribuir-se por autoridades distintas, as funções de ordem diversa, que êsses tribunais exerciam; mas, confundindo o contencioso administrativo com o judiciário, pensou-se que ambos eram da competência do poder judicial, que êste devia intervir sempre que houvesse pleito a julgar-se, quer entre os particulares, quer entre êstes e a administração.

Por tal motivo, extinguindo-se pela Lei de 22 de setembro de 1828 art. 1.º as mesas do desembargo do paço e da consciência e ordens, passou-se a distribuir as suas funções pelos juizes civis de primeira instância (Lei cit. art. 2.º § 1.º); pelos juizes criminaes (Lei cit. art. cit. §§ 2.º e 3.º); pelos juizes de órfãos (Lei cit. art. cit. §§ 4.º e 5.º); pelas relações provinciais e seus presidentes (Lei cit. art. cit. §§ 6.º e 7.º); pelo tesouro e juntas da fazenda (Lei cit. art. cit. § 8.º); pelo supremo tribunal de justiça (Lei cit. art. cit. § 9.º); pelas câmaras municipais (Lei cit. art. cit. § 10 e Lei de 1.º de outubro de 1828); pelo governo (Lei cit. art. cit. § 11); abolindo-se tôdas as outras funções que não foram atribuídas a estas autoridades, menos as que já se achavam prevenidas na Constituição e mais leis novíssimas (Lei cit. art. 7.º).

Foi também dêste modo que se devolveu às justiças ordinárias a jurisdição contenciosa que outrora exerciam:

As mesas da inspeção do açúcar, tabaco e algodão (Alv. de 1.º de abril de 1751 e 30 de janeiro de 1810 e Lei de 5 de novembro de 1827, art. 2.º).

O provedor-mor da saúde, físico-mor, cirurgião-mor (Lei de 30 de agosto de 1828, art. 6.º).

O tribunal da bula da cruzada (ao juízo dos feitos da fazenda) Lei de 20 de setembro de 1828, arts. 3.º e 4.º.

As câmaras municipais (declaradas corporações meramente administrativas, e inibidas de exercer em jurisdição alguma contenciosa) Lei de 1.º de outubro de 1828, art. 24.

Os juizes almotacés (aos juizes de paz) Dec. de 26 de agosto de 1830, art. 1.º.

A chancelaria-mor do Império (Lei de 4 de dezembro de 1830, art. 4.º).

O juízo da conservatoria dos moedeiros (Dec. de 7 de dezembro de 1830, art. 2.º).

O conselho da fazenda (Lei de 4 de outubro de 1851, art. 91), passando-se tôda sua jurisdição contenciosa para os juizes territoriais, com recurso para a relação do distrito, guardados os termos de direito.

O conselho supremo militar, impassível ao movimento de reforma que aboliu ou transformou as instituições coloniais, se conserva estacionário com os seus regimentos de 22 de dezembro de 1643 e 26 de outubro de 1796, como foi criado pelo Alv. de 1.º de abril de 1808, reunindo atribuições administrativas e judiciárias, e até algumas das altas funções do poder moderador (CARVALHO MOREIRA; e contra CUNHA MATOS, Rep. da Leg. Militar v. pena n. VII).

Esta tendência a restituir ao poder judiciário as funções que lhe haviam sido roubadas, bem como a enriquecê-lo com o contencioso administrativo, que lhe não pertence, começou a encontrar reações na Prov. de 24 de outubro de 1834 e mais amplamente na Lei de 23 de novembro de 1841 e Reg. de 5 de fevereiro de 1842, bem como na Lei de 3 de dezembro de 1841 e Reg. de 31 de janeiro de 1842.

A citada Provisão veio firmar a então contestada jurisdição do tesouro e tesourarias sobre o contencioso administrativo, anteriormente exercida pelo erário e tribunal do conselho da fazenda, limitando a jurisdição dos juizes territoriais e relações ao contencioso judiciário.

A Lei de 23 de novembro de 1841 criou o conselho de estado, supremo tribunal do contencioso administrativo, e o respectivo regulamento, ampliando o pensamento da lei, definiu casos de recurso e a marcha do processo contencioso perante o mesmo conselho.

A Lei de 3 de dezembro, também ampliada pelo respectivo regulamento, destacou do poder judiciário funções importantes em matéria criminal e concedeu-as a autoridades policiais ou administrativas.

Em contraposição, gozam os magistrados judiciários de largas funções administrativas, especialmente os juizes de direito em virtude do regulamento das correições (Dec. n.º 834, de 2 de outubro de 1851).

A opinião pública, porém, tem-se esclarecido sobre estas tão difíceis, quão importantes questões, e se esforça por levar ao domínio da legislação as distinções e classificações da ciência.

Se por um lado é necessário que se separem as funções judiciárias das administrativas, de modo a tornar realidade a divisão e independência dos poderes políticos do Estado, como determina a Lei Fundamental, arts. 9.º, 10 e 98; por outro é preciso discriminar completamente o contencioso administrativo do judiciário, organizá-lo e desenvolvê-lo dentro da sua esfera própria.

E' de esperar-se que esta necessidade seja brevemente satisfeita; e já o Dec. n.º 2.343 de 29 de janeiro de 1859, art. 46 § 1.º mandou que o Ministro da Fazenda expedisse os regulamentos, prescrevendo a forma do processo em matéria contenciosa administrativa em tôdas as instâncias, a exceção da do conselho de estado; o que, em parte, tem-se feito (Dec. n.º 2.551, de 17 de março de 1860, art. 59 e seg., n.º 2.647, de 19 de setembro de 1860, art. 742 e seg. etc.).