

Ministério da Educação
Universidade Federal do Rio Grande do Sul
Faculdade de Direito
Programa de Pós-Graduação em Direito

**O Conselho de Estado e a Justiça Administrativa: uma análise do
contencioso administrativo no Brasil-Império**

JOSÉ CORREA DE MELO

Porto Alegre
2013

Universidade Federal do Rio Grande do Sul
Faculdade de Direito – Pós-Graduação
Dissertação de Mestrado
Prof.: Cezar Saldanha Souza Júnior

**O Conselho de Estado e a Justiça Administrativa: uma análise do
contencioso administrativo no Brasil-Império**

Pesquisador: José Correa de Melo;
Professor Orientador: Cezar Saldanha Souza Júnior;

Porto Alegre, agosto de 2013.

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL
FACULDADE DE DIREITO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO
DISSERTAÇÃO DE MESTRADO

José Correa de Melo

**O Conselho de Estado e a Justiça Administrativa: uma análise do
contencioso administrativo do Brasil-Império**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-graduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul como requisito à obtenção do título de mestre .

Orientador: Prof. Dr. Cezar Saldanha Souza Júnior.

Porto Alegre

2013

JOSÉ CORREA DE MELO

**O CONSELHO DE ESTADO E A JUSTIÇA ADMINISTRATIVA:
Uma Análise do Contencioso Administrativo do Brasil-Império**

Esta dissertação de mestrado foi julgada adequada para a obtenção do título de Mestre em Direito e aprovada em sua forma final pela banca examinadora da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul.

Banca Examinadora:

Presidente: Professor Doutor Cezar Saldanha Souza Júnior

Membro: Professor Doutor José Antônio Giusti Tavares

Membro: Professor Doutor Rafael Da Cas Maffini

Membro: Professor Doutor Carlos Eduardo Dieder Reverbel

Porto Alegre, 26 de agosto de 2013

Dedico este trabalho à minha esposa, Marleide
e aos meus filhos, David e Pedro.

Agradecimentos

Agradeço à minha família, especialmente à minha esposa, Marleide, pela paciência e auxílio em algumas leituras e na revisão do texto.

Agradeço aos bacharéis Arthur Tassinari Fumagalli e Frederico Bertolleti Kampman pela discussão de temas relacionados ao texto, indicação de materiais e leitura atenta de versões anteriores do trabalho.

Ao mestre em História pela USP, Pedro Gustavo Aubert, pela generosidade e disposição em fornecer material valiosíssimo pela pesquisa.

Aos pós-graduandos com quem convivi nessa caminhada, em particular àqueles que de alguma forma, direta ou indiretamente, auxiliaram com idéias, sugestões e material para o trabalho, a quem agradeço na figura dos mestres em Direito, Rômulo Ponticelli Júnior, Wagner Silveira Feloniuk e Mateus José de Lima Wesp.

Ao professor e mestre, Cezar Saldanha Souza Júnior, orientador da pesquisa, cujas lições e ensinamentos, venho absorvendo desde a graduação, e que levarei por toda a vida.

A aprovação da presente dissertação não significará o endosso do Professor Orientador da Banca Examinadora e da Universidade Federal do Rio Grande do Sul às idéias que a fundamentam ou que nela são expostas.

Sou, pois, do numero dos que pensam que o Governo provisório 'commetteu um erro gravissimo supprimindo o nosso Conselho de Estado em vez de reforma-lo de fórma a tornar effectiva a sua collaboração no aperfeiçoamento do nosso Direito Administrativo.'

Mas quem não pertencerá a esse numero?

Bem poucos serão os adversarios illustres e sinceros da instituição de um Conselho de Estado no Brazil, porquanto, embora elles reconheçam que a França e não os Estados-Unidos da America do Norte é que é o capitolio da raça latina, não se confundem com os genios impatriotas que, valendo-se do prestigio do talento, agitam a sociedade e alarmam os espiritos com segundas intenções.

Fernando Machado

* Viveiros de Castro, *Tratado de Sciencia da Administração e Direito Administrativo*, n. XXIX.

Resumo

O presente trabalho propõe-se a realizar uma análise do contencioso administrativo brasileiro no século XIX, de forma panorâmica, a partir da figura central, estruturante, do Conselho de Estado. Valendo-se das investigações historiográficas mais recentes, amparadas em fontes primárias e fundamentação empírica, busca contribuir com uma tentativa de interpretação sobre o papel desempenhado pelo órgão no contexto da formação e consolidação do Estado brasileiro e no quadro constitucional do período, desde o prisma teórico e filosófico de um contributo que se pretendeu colher na tradição clássica. Para tanto, utiliza os conceitos da *razão prática (phronesis)*, bem como a doutrina de justiça em Aristóteles, dentre outros, para percorrer a doutrina da Teoria do Estado e parte da História do Estado Moderno em busca dos modelos e influências que repercutiram na caudal de fatores que forjaram o Estado Nacional no tempo de D. Pedro II e que, em última medida, garantiram a ordem e a unidade do país. Nesse cruzamento de perspectivas, fez-se uma comparação com a França, de cujo modelo, o Brasil se inspirou mais de perto, para a criação do que ficou conhecido como o *Terceiro Conselho de Estado*. Por outro lado, o estudo do contencioso administrativo imperial é também um resgate dos primórdios do Direito Público em geral e especialmente do Direito Administrativo brasileiros, a merecer novos estudos e desenvolvimentos.

Abstract

This paper proposes to undertake an analysis for Administrative Contentious of Brazil in the nineteenth century, so panoramic, from the central figure, structuring of the Council of State. Utilizing the latest historiographical investigations, supported by primary sources and empirical foundation, seeks to contribute to an attempt at interpretation of the role played by the agency in connection with the formation and consolidation of the Brazilian state and the constitutional framework of the period, from the theoretical perspective and a philosophical contribution was intended spoon in the classic tradition. Therefore, using the concepts of practical reason (phronesis) as well as the doctrine of justice in Aristotle, among others, to traverse the doctrine of the Theory of the State and part of the history of the modern state in search of models and influences that affected the flow factors that forged the nation state in D. Pedro II and that in the final measure, secured order and unity of the country. At this intersection of perspectives, made a comparison with France, whose model, Brazil has inspired more closely to the creation of what became known as the Third Council of State. Moreover, the study of imperial administrative contentious, is also a rescue of early public law in general and especially the Brazilian Administrative Law, deserving further studies and developments.

Keywords: Brazilian Administrative Law, History, Council of State, Administrative Council.

Lista de Figuras

Figura 1 – Relacionamento função administrativa-função jurisdicional.....	(29)
Figura 2 – Estrutura do Conselho de Estado.....	(82)
Figura 3 – Pirâmide das Funções Estatais.....	(102)
ANEXO A – Lei nº. 234/1841.....	(116)
ANEXO B – Regimento nº. 124, de 05/02/1842.....	(119)

Sumário

Resumo.....	9
Abstract.....	10
Introdução.....	13
Capítulo I – Funções Estatais em Nova Perspectiva.....	18
1. A Formação do Estado Moderno.....	18
1.1. Espécies de Justiça em Aristóteles.....	23
1.1.1. Justiça Comutativa.....	24
1.1.2. Justiça Distributiva.....	24
1.2. Funções Estatais.....	26
1.3. Níveis da Razão Prática em Aristóteles.....	30
1.4. Níveis do Ordenamento Jurídico.....	30
1.5. Modelos de Estado de Direito.....	31
Capítulo II – Conselho de Estado: Breve Estudo Comparado.....	38
2.1. Conselho de Estado em França.....	38
2.1.1. Novo Regime, Novas Instituições.....	38
2.1.2. Fases da Justiça Administrativa em França.....	42
2.2. O Conselho de Estado no Brasil-Império.....	47
2.2.1. Antecedentes Históricos.....	47
2.2.2. Poder Moderador.....	50
2.2.3. Fases do Conselho de Estado no Brasil.....	53
Capítulo III. Terceiro Conselho de Estado no Brasil-Império.....	58
3.1. Projeto(s) de Conselho de Estado.....	59
3.2. Funções do Novo Conselho de Estado.....	63
3.3. Posição do Poder Moderador.....	75
3.4. Da Natureza das Decisões do Conselho de Estado.....	84
Capítulo IV – Justiça Administrativa.....	92
4.1. Justiça Administrativa no Brasil.....	92
4.2. Influência da França no Brasil.....	99
4.3. Diversas Formulações Possíveis.....	101
4.4. Aproximação dos Sistemas Administrativos: Rumo a Uma Tutela Judicial Efetiva.....	104
Conclusão.....	109
Bibliografia.....	112
Anexo I – Lei n.º 234 de 23 de Novembro de 1841.....	116
Anexo II – Regulamento n.º 124 de 05 de Fevereiro de 1842.....	119

Introdução

O tema da justiça administrativa, ou melhor, do contencioso administrativo, no Império brasileiro, aparentemente, não podia ser levantado porque durante muito tempo, segundo a visão dos manuais, entendeu-se que o país, ao tempo do Império brasileiro, possuía um sistema de jurisdição unitário. Além disso, nossos doutrinadores, especialmente os administrativistas, parece que não compreenderam muito bem a função de um órgão fundamental no Império: o Conselho de Estado. Essa visão de senso comum, no entanto, passou a ser relativizada em virtude de pesquisas históricas mais recentes. Algumas das razões para as várias interpretações sobre as inúmeras atividades do Conselho de Estado serão analisadas no decorrer do presente estudo.

Tradicionalmente a visão que sempre se teve do Conselho de Estado esteve estreitamente associada ao Poder Moderador, poder eminentemente político, do qual era órgão de consulta e assessoramento. Essa perspectiva não era sem razão, já que de acordo com a Constituição imperial de 1824 e, mesmo depois da Lei n.º 234, que reintroduziu o órgão em 1841, após ter sido extinto em 1834 – por obra do Ato Adicional, as únicas funções que lhe foram atribuídas, na Lei mencionada e na Constituição, diziam com essas funções políticas e acessórias daquelas do Poder Moderador. Nesse cenário não haveria que se indagar de possíveis outras atividades do Conselho, como, por exemplo, de eventual atividade desempenhada em sede de contencioso administrativo, não havendo, portanto, interesse do seu estudo para os juristas. Todo o material produzido pelo Conselho – como atas, pareceres, projetos, etc – no máximo, teria um valor no campo da historiografia. Tal tarefa seria dos historiadores e não dos juristas.

Essa compreensão um tanto deficiente sobre o tema da história da jurisdição administrativa no Brasil talvez possa ser explicada em parte pela historiografia mais recente. Um motivo para isso é de ordem mais geral, outro refere-se a um detalhe muito bem percebido pela historiadora Lydia Magalhães Nunes Garner, a primeira pesquisadora que chamou a atenção, ainda na década de oitenta¹, para o papel fundamental da atividade administrativa do Conselho de Estado brasileiro, que foi desempenhado pelas diversas câmaras em que o órgão foi repartido em 1842; o objeto da sua pesquisa concentrou-se na *Seção do Império* do órgão. A primeira razão é que havia muito poucas obras e pesquisas sobre este assunto. O segundo motivo apontado pela historiadora é mais sutil. É que todo o sistema de contencioso administrativo no Brasil-Império foi instalado por meio de *Regulamento*. Trata-se do Regulamento n.º. 124 de 05/02/1842 que colocou sob a égide do

¹ O trabalho da historiadora Lydia Garner teve pouca visibilidade no Brasil. A parte mais substancial de suas pesquisas sobre o assunto foi apresentada em sua tese de Doutorado apresentada em 1987, na Universidade de *John Hopkins*, Baltimore, nos Estados Unidos (*In Pursuit of Order: A Study in Brazilian Centralization, The Section of Empire of the Council of State, 1842-1889*). Tese de Doutorado, The Johns Hopkins University, 1987, 2 Vols).

Executivo a jurisdição de todas as matérias dos ministérios existentes. Desde então, todos os ministérios passaram a deter a prerrogativa de decidir em última instância todas as matérias litigiosas de sua área por meio das respectivas seções do Conselho de Estado.

Na ocasião, o Brasil seguiu o modelo francês de contencioso administrativo dentre outras funções que serão analisadas, embora dentro da sua própria tradição e evolução, ao instituir um sistema de jurisdição administrativa, a partir da reinstituição do Conselho de Estado por meio da Lei n. 234, de 1841.

O objeto deste estudo se insere na história das instituições. A professora Garner, na introdução da sua tese, menciona muito oportunamente, que muitos estudos brasileiros já tentaram realizar interpretações gerais sobre a História do Brasil, em diversas chaves teóricas: marxista, weberiana, etc., as quais partem, frequentemente de maneira tendenciosa, de princípios gerais que não têm muitas vezes o devido contato com a própria substância do material histórico que deveria embasar a investigação, isto é, da realidade que se pretende reconstituir ou compreender. E ela percebeu que inegavelmente o Conselho de Estado fornecia esses materiais, que deveriam ser o ponto de partida (e não de chegada) de uma história das instituições do Brasil. A riqueza e volume dos materiais produzidos pelo Conselho brasileiro são realmente estonteantes. O órgão era a coluna mestra do Estado brasileiro no século XIX.

Nesse sentido, pode se afirmar que o Conselho de Estado é o painel vivo da História do Império brasileiro. A ele afluíam inúmeras questões, desde problemas simples da administração do dia a dia, até as mais importantes discussões da nacionalidade. Poderia se acompanhar os grandes embates políticos, o conflito entre poderes, a divergência de interesses entre os diversos estratos sociais. Através das suas atas, documentos de fonte primária, pode-se vislumbrar na prática os problemas então existentes, reais, muitos deles ainda presentes, aquilo que nos manuais escolares de história não passam de nomes e datas.

Do que já foi coletado, analisado e estudado desse material, talvez seja possível uma interpretação e compreensão teórica e jurídica a partir das lentes da Teoria do Estado. Almeja-se com este estudo uma interpretação das (novas) *funções do Conselho de Estado* que estão sendo redescobertas pela historiografia, em especial daquelas administrativas e governamentais.

Dois trabalhos importantíssimos foram feitos sobre a atividade das seções do Conselho de Estado imperial. O primeiro deles já referido é o da historiadora Lydia Garner. O outro mais recente (2010) é o do professor José Reinaldo de Lima Lopes intitulado *O Oráculo de Delfos*, que se dedicou ao estudo da *Seção de Justiça e Estrangeiros* do Conselho. Não mereceram ainda um estudo de mais fôlego as *Seções de Fazenda e Seção de Guerra e Marinha*.

Dessa forma, é valendo-se, em grande medida, desses estudos – que até o presente momento são os únicos que reúnem *evidências empíricas* e com sólido apoio nas *fontes primárias* pelo que pude verificar –, que se irá tentar fixar o objeto material da análise – que é a forma de

funcionamento e organização do órgão e seu relacionamento com as demais instituições do Império.

A partir dessas investigações empreendidas, a impressão geral é de que talvez seria possível inclusive uma análise interpretativa e de segundo grau, além das que já foram feitas desde o ponto de vista das Seções que já foram estudadas. Na medida do possível, no entanto, foi feito o cotejo com o material publicado das seções administrativas do nosso Conselho de Estado. Neste ponto, não se pode deixar de reconhecer e dar todos os créditos ao maravilhoso projeto *Brasilianna* da Universidade de São Paulo, que vem disponibilizando, por meio de digitalização de várias obras raras, livros, documentos, dentre eles o que foi publicado de Atas, Consultas e Resoluções da Seções Administrativas do Conselho de Estado imperial; e neste último projeto, ao prof^o. Lima Lopes, responsável pela sua organização².

É preciso indagar-se seriamente se a teoria dos níveis das funções do Estado – máxime daquelas jurídicas – detém a força explicativa necessária para servir de base à análise da justiça administrativa no Brasil, no quadro maior da tetrapartição de poderes do Império brasileiro.

Nesse quadro, pode-se tentar uma análise do Conselho de Estado e suas múltiplas funções, relacionando-as com os outros poderes então existentes, especial as suas relações com o Poder Moderador e com o Poder Executivo, valendo-se das pesquisas históricas mais recentes, sob a perspectiva dos aspectos normativos e juspolíticos, enfoque esse fornecido pela *Teoria do Estado* e pela *Teoria do Direito Constitucional*, sem apegar-se, pois, a conceitos jurídicos dogmáticos específicos tal como vistos por setores específicos do Direito.³

O trabalho valeu-se também de uma breve análise de *Direito Comparado*. Tendo verificado a imensa influência da cultura e tradição francesas nas instituições e doutrina jurídica durante o Brasil-Império, pareceu-me inafastável, para melhor aquilatar, a *natureza, funções e posição* do Conselho de Estado no quadro das instituições, um comparativo com o homólogo francês, do qual os nossos estadistas e juristas colheram inumeráveis sugestões e exemplos e no qual se inspiraram em última medida.

Do mesmo modo, a análise de alguns dos clássicos do Direito Público do Império também contribuiu imensamente ao presente estudo. Estes em grande medida estavam perfeitamente conscientes das novas atividades do Conselho de Estado. Neles pôde se encontrar a distinção entre as funções e os poderes, tal como a questão pode ser tratada na teoria do Estado. Dentro da influência francesa no Conselho de Estado, investigar-se-á em que medida esta influência estava presente nos estadistas brasileiros do período, assim como a influência da mentalidade e dos princípios dos revolucionários franceses. Por exemplo, um entendimento que marcou bastante a compreensão do Direito Público do período é aquela de que “*julgar a administração ainda é administrar*”, quase que um dogma do Direito Constitucional no período, profundamente

² O material das Seções pode ser encontrado em <http://www.brasiliana.usp.br/node/420> (Acesso em 29/03/2013).

³ Como exemplo, pode-se citar o conceito de *jurisdição* tal como desenvolvido pelos processualistas, até hoje incapaz de lidar com o problema da jurisdição administrativa, como se irá ver.

influenciado que era pelo Direito Público francês. Essa compreensão pode ser encontrada, por exemplo, num Pimenta Bueno, “*Análise da Constituição Política do Império.*”

Nesse sentido, buscar-se-á mostrar, dentre outros objetivos, como uma compreensão mais precisa da posição e do papel do Conselho de Estado no quadro da tetrapartição de poderes do Brasil-Império a partir de 1842, enquanto *gérmen* da justiça administrativa, pode contribuir com o debate atual em torno do tema, bem como pode ajudar a lançar luzes sobre outras questões como o problema da crise atual do Poder Judiciário no Brasil, apontando para suas possíveis causas.

Nessa linha, não parece assistir razão àqueles que analisam o Conselho de Estado a partir de uma ótica puramente historiográfica, sem levar em consideração os seus aspectos normativos postos pela Constituição do Império, chamando a atenção tão somente ao aspecto consultivo do Conselho. Como se tentará demonstrar, esta não era toda a realidade das funções do Conselho de Estado. Daí, portanto, não se pode concluir pela insuficiência ou inexistência do contencioso administrativo, muito antes ao contrário, deve-se ampliar o objeto de análise. Em última análise, a perspectiva dos clássicos permanece correta. As instituições e o Conselho de Estado têm de ser analisadas em conjunto com todas as outras instituições e envolvidos.

Assim é que se coloca para o presente trabalho o problema das funções do Conselho de Estado imperial, em particular do contencioso administrativo e da história da justiça administrativa no Império do Brasil, como um projeto possível, embora ousado, cujos lineamentos principais e provisórios são os que seguem.

O trabalho se dividirá da seguinte maneira. No primeiro capítulo, após uma pequena resenha da história do Estado moderno – com o foco especial no exemplo francês – e de como as suas funções foram se diferenciando com o tempo, buscar-se-á mostrar como essas funções podem ser entendidas em diversos níveis ou planos (03) teoricamente – do mais concreto ao mais geral e vice-versa – a partir da teoria do Estado, para, em seguida, concentrar-se nas funções estatais de nível mais concreto (genericamente funções de aplicação do direito): a *administração* e a *jurisdição*.

No segundo capítulo, foi feita uma breve exposição do modelo francês (iniciado um esboço na primeira parte) de divisão de poderes e de organização da jurisdição administrativa construído de forma separada da jurisdição comum (judicial), assim como as várias classificações e critérios que a doutrina adota para o estudo das fases da jurisdição administrativa naquele país, com especial atenção ao período que abrangeria a fase do Segundo Reinado que se encerra com a República. Esta exposição é seguida, no terceiro capítulo, da análise do funcionamento e organização do terceiro Conselho de Estado brasileiro (1842-1889).

Uma quarta parte, além de alinhar algumas conclusões que podem ser extraídas dos tópicos anteriores e da comparação feita, tenta esboçar, em tese, alguns tipos possíveis de organização da justiça administrativa, ao mesmo tempo em que analisa ainda outra razão para a

incompreensão da atividade do terceiro Conselho de Estado brasileiro no Brasil republicano, tentando mostrar como essa incompreensão pode gerar profundos entraves para um aprimoramento e desenvolvimento das instituições, principalmente num momento em que já se discute, ainda que discretamente, a criação de uma justiça administrativa no Brasil.

Capítulo I – Funções Estatais em Nova Perspectiva

1. A Formação do Estado Moderno

Dentre as diversas unidades políticas que se formaram no Ocidente, o Estado é uma realidade que só passa a existir, tal como hoje o conhecemos, como um fenômeno da Modernidade, próprio para responder a situações colocadas neste momento histórico. Com variações de país para país, pode-se situar a formação do Estado entre o século XV e meados do século XVII.

Esfera política pública autônoma

O Estado Moderno caracteriza-se pela concentração do poder político numa *esfera pública*, transcendente à sociedade.⁴

O Estado Moderno concentrou o poder político e conformando, numa esfera pública, todas as funções políticas então existentes na Coroa. Essa concentração originária de poderes e de funções é a primeira etapa de desenvolvimento do Estado.

Cezar Saldanha⁵, recorrendo a José Zafra Valverde, apresenta as funções políticas que foram concentradas na figura do Rei (05):

a) a *função de autoridade de última instância*, de primeira magistratura, aquela do núcleo essencial mínimo indelegável da soberania, atinente às responsabilidades mais elevadas da política, verdadeiro fecho da abóbada social, presentando a unidade e indivisibilidade do Estado, apta a decidir prudentemente, e com largo campo de discricção, onde o bom direito não regula e não limita;

b) a *função de execução* (ou *administrativa*), ou seja, de atuar concretamente na manutenção da ordem e da segurança pública, de cuidar do cumprimento ordinário das leis, de imprimir movimento às decisões políticas de governo, bem assim de prover os serviços, envolvendo a atuação de funcionários civis, policiais e militares;

c) a *função de direção “governamental”*, que – se atribuímos ao termo um sentido mais contemporâneo – alcançaria, à época, apenas as atividades mais elevadas da condução política na guarda da ordem interna e na preservação da segurança externa;

d) a *função judiciária*, aqui, especialmente, à da Justiça de primeira instância, capturada pelo Rei Nacional Moderno das mãos da nobreza feudal e entregue a funcionários, de vez que a Justiça de segunda instância sempre foi Real desde o Medievo; e

e) a *função deliberativa* (ou legislativa moderna), a mais nova de todas as funções, pois é posterior à invenção da imprensa, consistindo na tomada de decisões sobre os assuntos de interesse coletivo – mediante procedimento público aberto e livre para argumentar e convencer –, escritas em normas de direito positivo que chegam ao conhecimento formal da sociedade por publicação oficial, cuja eficácia depende da atuação de corpo de funcionários profissionais espalhados sobre o território.

⁴ A dialética público-privado é da própria essência do político, segundo JULIEN FREUND, apud *O Tribunal Constitucional como Poder: Uma nova Teoria da Divisão dos Poderes*. São Paulo: Memória Jurídica, 2002, p. 27.

⁵ SOUZA JÚNIOR, Cezar Saldanha. *Tribunal Constitucional...*, p. 39.

O filósofo político que foi responsável por fornecer a mais representativa obra sobre a fase da concentração do poder foi o jurista Jean Bodin, que, no seu *Os Seis Livros da República* (1583), traçou o esboço teórico e institucional mais importante da soberania. Para Bodin, a *soberania* é a própria essência que distingue o Estado de todas as outras formas de associação.

Bodin introduziu uma distinção que será a base do desenvolvimento posterior da divisão dos poderes. De um lado, há a soberania em sua essência (*la souveraineté*), de outro, a soberania em seu exercício, o governo (*le gouvernement*). Muitos autores viram nisso, claramente, a diferenciação entre Estado (soberania) e Governo (exercício delegável da soberania).

(...), a importância capital da distinção bodiniana reside em que, a partir dele, o direito público passa a admitir, como dogma universal inquestionável, a possibilidade jurídica entre a unidade e indivisibilidade de *um poder soberano nacional do Estado, vis-à-vis a pluralidade e divisibilidade do exercício das funções políticas* contidas na soberania, partilháveis entre órgãos institucionalmente separados, denominados, no plural, de *poderes políticos*. Sem tal distinção, não teria sido possível no Ocidente, dentro de cada Estado soberano, a divisão inicial dos poderes e a sua evolução até nossos dias.⁶ (com destaques no original).

Essa concentração originária dos poderes na figura do rei foi denominada por Cezar Saldanha de *Poder Executivo Original*, do qual foram sendo desdobradas e extraídas as outras funções que iriam compor, quando tornadas autônomas e independentes frente aos demais, não somente os três poderes clássicos de Montesquieu (ou melhor, aqueles criados sob a sua inspiração), mas também, na teoria de Cezar Saldanha, outros três poderes. As funções contidas no Poder Executivo, no modelo da tripartição clássica, iriam compor outros três poderes: *o poder de última instância* (chefe de Estado), *o poder governamental* (chefe de Governo) e *o poder administrativo* (chefe de Administração). O segundo pós-guerra viria a constituir ainda o Tribunal Constitucional como instância última de controle da constitucionalidade das leis, fechando-se o ciclo até o momento de um total de 06 (seis) poderes.

A função administrativa, embora plenamente conscientizada no século XIX, permaneceria alojada no *Poder Executivo Clássico*, ou seja, o seu exercício era considerado como sendo os membros do Executivo, embora o seu comando seja atribuído ao chefe de Estado. Isso ocorreu no modelo da tetrapartição de poderes, em que existe, como no caso do Brasil-Império, além dos três poderes clássicos, um quarto poder chamado Poder Moderador (poder remanescente de *Benjamin Constant*), porque o monarca no sistema reunia as condições de neutralidade e apartidariedade necessários para chefiar o corpo de funcionários.⁷

⁶ SOUZA JÚNIOR, Cezar Saldanha. *Tribunal Constitucional...*, p. 38-9.

⁷ Cf. Idem, *Op. Cit.*, p. 91: “Quando na Inglaterra, França, Península Ibérica e no Brasil-Império, do século XIX, o poder ministerial foi conquistando independência dentro do poder executivo clássico, os órgãos administrativos permaneceram subordinados ao que restou no poder executivo (o poder de chefia de Estado)”.

Especialização das funções

A concentração originária do poder político institucionalizado numa esfera pública transcendente à sociedade constitui uma pessoa moral autônoma: o Estado.

A nenhuma unidade política anterior ao período moderno pode ser propriamente atribuído o nome de Estado.⁸

Para os fins do presente trabalho, será visto como o surgimento do Estado moderno, enquanto elemento unificador e estruturante do poder político, ocorreu em França, a qual passará, então, a ser considerada como Estado-tipo ou modelo de análise, na medida mesma que realizou muitas das notas essenciais do Estado e que influenciou inúmeros países no Ocidente, como o próprio Brasil, como se irá verificar.

Órgãos Estatais: Do Conseil du Roi ao Conseil d'État⁹

A história do Conselho de Estado está estreitamente ligada com a história do Estado moderno e dele também dependeu a sua sorte.

Na Idade Média o poder encontrava-se praticamente solvido na sociedade. O Rei Medieval Feudal exercia então poucas, mas importantes funções políticas. Uma delas, das mais importantes, e que interessa ao propósito deste estudo, é aquela relacionada com a justiça. O Rei Medieval Feudal se encarregava do papel de julgar em última instância os conflitos jurídicos de seus súditos.

Num primeiro momento os vassallos apresentavam seus recursos e queixas aos nobres locais. Se, porém, não se conformassem com o julgamento emitido, restava-lhes sempre o recurso ao rei. Além disso, o rei feudal deveria decidir sobre assuntos como a ordem interna e a paz externa. Para semelhante deliberação, o *Roi* francês contava com o auxílio de seu Conselho¹⁰.

Com o advento do Estado Moderno, como visto, todas as funções políticas concentraram-se na figura do rei. O Conselho do Rei, todavia, exerceu importante papel tanto numa fase como na

⁸ HELLER, Herman. *Teoria do Estado*. São Paulo: Mestre Jou, 1968, p. 158. Em sentido semelhante, v. GOYARD-FABRE, Simone. *Os Princípios Filosóficos do Direito Político Moderno*. Tradução Irene A Paternot. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 63.

⁹ ARNOULT, Eric., *Le conseil d'État: juger, conseiller, servir*. Gallimard, 1999, Capítulo 1, p. 11-29.

¹⁰ “Na época feudal, o Rei deliberava sobre os negócios importantes com os feudatários e dignidades eclesiásticas de todo o reinado, que formavam a corte do rei (*curia regis*). Em face da complexidade crescente das questões políticas e da necessidade de afirmação do poder central, o rei preferiu buscar a opinião de alguns conselheiros sempre presentes ao seu lado, que formavam o que se chamou o Conselho Real. Ao lado dos parentes do Rei, dos grandes senhores, dos bispos, este conselho compreendia pessoas livremente escolhidas, a princípio chamadas *clercs du roi*, que se tornaram em seguida conselheiros de Estado e *maîtres des requêtes*” (in RODRIGUES, José Honório, *Conselho de Estado: o Quinto Poder*, p. 14).

outra: antes e depois do Estado moderno. Num período, porém, de concentração de poderes e de funções o *Conseil du Roi* manifestava-se nas principais questões da política¹¹.

Dessa forma, o genitivo Estado acrescido ao substantivo Conselho não deveria nos iludir. A história do Conselho de Estado encontra-se estreitamente ligada com a política e com o direito, desde muito antes do advento do Estado Moderno. No entanto, a partir do surgimento deste, o órgão ganha uma conformação toda especial. Aliás, o *poder político* propriamente *estatal* altera todo o quadro das instituições, bem como a forma de relacionamento entre direito, política e ética. Como visto houve um reaproveitamento pela Revolução Francesa do Antigo Conselho do Rei.

Vários precedentes históricos da maior importância marcaram, em França, a transição do Reino Medieval Feudal para o Estado Moderno. As guerras estrangeiras e civis em que o país se envolveu, embora altamente prejudiciais à nação como um todo, acabaram conduzindo a uma concentração maior de poder nas mãos do rei.

A Regulamentação de 1439, por exemplo, tornou efetiva a autoridade do rei concedendo-lhe o direito exclusivo de cobrar impostos, colocando as forças militares da nação também sob controle real. Essa medida consolidou a autoridade do rei, que não precisaria mais recorrer aos estados gerais para realizar providências políticas e administrativas, e feriu de morte as instituições medievais, fortalecendo sobremaneira a instituição monárquica e lançando as bases para o absolutismo real.

Em 1641, o *Edito de Saint-Germain-en-Laye*, considerado o testamento político de Richelieu, separa os “negócios” públicos dos privados e inicia a tradição francesa, que na verdade é uma decorrência lógica da tendência dominante de concentração de poder político no Estado, de separação das questões públicas (políticas e administrativas) daquelas da ordem privada.

É promulgado contra os parlamentos. Uma espécie de testamento político de Richelieu, ele coloca o princípio da separação de tratamento entre os 'negócios' públicos e os privados: à justiça (parlamentos e cortes soberanas), trata de fazer respeitar a honra e os interesses dos particulares; enquanto que tudo o que se relaciona aos 'negócios' (assuntos/interesses) públicos toca ao governo ou a sua administração, portanto ao Conselho. O trabalho administrativo se separa da justiça, tornando-se uma atividade autônoma, e o contencioso que opõe os particulares ao Estado se encontra igualmente separado do contencioso judiciário. Assim surge uma das especificidades mais marcantes do nosso direito administrativo e da nossa organização judiciária.¹²

¹¹ Num período de concentração indiferenciada de funções é que José Honório Rodrigues já falava da concentração de múltiplas funções no *Conseil du Roi* francês: “O Conselho do Rei em França, que dava sua opinião sobre todas as grandes questões de política interior e exterior, era ao mesmo tempo um órgão do governo, da administração e da justiça. A partir de Francisco I (1494-1547, rei de França de 1515 a 1547), distingue-se o conselho dos negócios (*conseil des affaires*), ou ainda o conselho restrito (*étroit*) ou secreto, que examina em pequeno comitê os negócios essenciais do governo, e o Conselho de Estado, mais amplo, que estuda os negócios políticos correntes e os administrativos”. (*Idem, ibidem*).

¹² Tradução minha, extraído de ARNOULT, Eric (et al.). *Le conseil d'État: juger, conseiller, servir*. Gallimard, 1999, p. 16.

Fundamentos Lógico e Histórico¹³

De um lado havia o impulso centralizador, sem precedentes, da nova unidade política estatal, representado pelo rei e a sua burocracia. De outro, havia as tradições do Antigo Regime, da nobreza, representada no Parlamento – especial nos Parlamentos de Paris – que lhe opunham forte resistência. Uma tentando expandir e consolidar as novas funções políticas concentradas no Rei; a outra tentando manter as suas autonomias e conservar as suas funções e prerrogativas tradicionais que incluíam funções judiciais.

Muitos precedentes da história francesa dão testemunho desse embate, o qual era, sem dúvida, um sinal dos novos tempos. O Edito de *Saint-Germain* já é um claro exemplo dessa oposição, que se tornaria dramática séculos depois na Revolução Francesa, desta vez com a entrada em cena de um novo ator – a burguesia, que acirraria mais ainda as paixões e interesses envolvidos.

A divisão das funções administrativas e judiciais, na esteira da centralização estatal, torna-se ela mesma uma nova tradição francesa.

A partir desse momento, a forma de relacionamento e os espaços de discussão entre direito e política são, em grande medida, alterados.

Fundamento Lógico-teórico

Essa importante modificação foi percebida por autores no campo da teoria do Direito e da história do Direito. A forma de tratamento das questões sobre direitos no mundo pré-moderno dava-se a partir do tratamento clássico da justiça, iniciada por Aristóteles. Na modernidade, porém, e especialmente com o advento do Estado moderno, a discussão dessas questões são tratadas de modo diverso. Nesse sentido é a constatação de José Reinaldo de Lima Lopes¹⁴:

O direito administrativo tornou-se o campo por excelência dos problemas distributivos. Seria de se esperar que o discurso jurídico aí tratasse explícita e primeiramente da justiça distributiva. A discussão colocou-se, no entanto, de forma ligeiramente diferente, pois passou a ser discutida segundo a noção de interesse geral. O interesse geral seria representado pelo Estado ou, mais especificamente, por alguns órgãos do estado ou alguns poderes: o Poder Legislativo, o Poder Executivo e, no caso do Brasil, o Poder Moderador.

O Estado que representa o interesse geral é o Governo, a Administração como inspeção política da Nação, é Autoridade Política; o Estado pessoa jurídica, no entanto, é apenas um sujeito a mais, o Estado físico, tendo interesses dominicais, de dono ou de parte contratante. A pessoa jurídica do Estado tem interesses próprios, não interesse geral.

A importante distinção entre interesses gerais (política) e direitos particulares (direito e justiça) é bem esclarecida quando os publicistas precisam separar

¹³ RIVERO, Jean, *Direito Administrativo*, Coimbra: Almedina, 1981, p. 22-23 e 157-158.

¹⁴ LIMA LOPES, José Reinaldo. *As Palavras e a Lei: Direito, ordem e justiça na história do pensamento jurídico moderno*, São Paulo: Ed.34/Edesp, 2004, p. 240.

as competências do Poder Judiciário e do Poder Executivo, ou mais propriamente ainda, quando precisam distinguir *a jurisdição do contencioso administrativo*, cujo órgão de cúpula era o Conselho de Estado, auxiliar institucional do Poder Moderador. As questões de justiça passam a ser de exclusiva competência do poder judiciário quando o embate se der entre direitos subjetivos. Quando, porém, o conflito se der entre interesses ou entre interesse e direito, a questão, no sistema brasileiro imperial, desloca-se para o contencioso administrativo, solução semelhante à estabelecida na França.

Este estudo visa a compreender um pouco da história do desenvolvimento dessa nova maneira de encarar a política e o direito dentro do espaço público criado pelo Estado moderno e operacionalizado por suas novas instituições e de como isso se deu no Brasil no século XIX. O Estado moderno redefiniu e concentrou as questões sobre distribuições dos bens públicos, serviços, e de representante dos bens coletivos.

Para entender um pouco dessa mudança e de como ela se deu na prática, bem como do lugar que ela teve na criação do espaço institucional da justiça administrativa, é que se fará um recuo ao tratamento pré-moderno da justiça.

1.1. Espécies de Justiça em Aristóteles

Desde a tradição clássica¹⁵, aristotélica, de justiça, que esta era classificada em tipos. Aristóteles refere a existência de uma justiça geral e uma justiça corretiva. A justiça geral nada mais é para Aristóteles que o cumprimento das leis. Se os cidadãos se autodeterminassem com base naquilo que dizia as leis, eles automaticamente tenderiam ao bem comum, atendendo-se aos ditames da justiça geral¹⁶. Por outro lado, a justiça corretiva, ou particular, era conduzida pelo juiz e tinha como fundamento um princípio de igualdade absoluta entre duas partes. Caberia ao juiz decidir o que era devido a cada um com base num princípio de igualdade.

Posteriormente, São Tomás de Aquino desenvolveu ainda mais esta maneira de conduzir o tema, refinando ainda mais as distinções aristotélicas. Ele, então, redefiniu a justiça corretiva como justiça comutativa. Esta trata de uma relação entre dois indivíduos, fundada num princípio de justiça absoluta. A justiça geral, ou legal, passou a ser desenvolvida na linha da justiça distributiva. Esta está baseada num princípio de justiça proporcional. A questão da justiça administrativa e do Direito

¹⁵ BARZOTTO. Para um apanhado da evolução das ideias clássicas de justiça e, especial, uma versão sobre o surgimento, na visão de seu autor, da *justiça social*, ver Luis Fernando BARZOTTO, “*Justiça social: gênese, estrutura e aplicação de um conceito*”. Revista do Ministério Público. Porto Alegre: Nacional/Brasília: INL. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_48/artigos/ART_LUIS.htm (acesso em 29/10/12) .

¹⁶ “tudo aquilo que está de acordo com a lei [*panta tá nomina*] é justo *em um certo sentido*.” (em EN, V.1.1129b12-14).

Administrativo, na medida em que trata justamente dos problemas distributivos pode ser analisado por essa ótica das divisões entre justiças.

Uma situação é aquela que coloca em contraposição dois indivíduos aplicando-se-lhes as leis civis e criminais. Outra, um tanto diferente, é aquela que opõe a administração e particulares, no caso em que estes busquem seus direitos contra a administração, a qual representa a comunidade inteira.

1.1.1. Justiça Comutativa

Na trilha de Aristóteles, São Tomás distingue entre duas espécies de justiça¹⁷: uma geral e outra particular. Nesta última classe, coloca a justiça comutativa e a justiça distributiva. A justiça comutativa, como toda idéia de justiça, baseia-se no princípio de igualdade. Ao relacionar particular a particular, pessoa a pessoa, por assim dizer, leva em conta uma *proporção aritmética*. A determinado bem ou coisa, corresponderia determinado débito de igual valor.

1.1.2. Justiça Distributiva

A outra espécie de justiça particular é chamada distributiva. Trata da justa distribuição de bens, cargos e vantagens na sociedade, pertencentes ao bem comum. Porém, relaciona o todo – vale dizer, a sociedade política inteira – com as suas partes ou pessoas, grupos, empresas, famílias, etc. Ao dividir os bens, cargos e vantagens, do acervo social, às suas partes tem como critério quantitativo uma proporção geométrica, que varia conforme o regime de governo adotado naquela comunidade. Se é uma aristocracia, haverá partilha da honra, conforme a posição e função de seus membros; numa democracia, da liberdade e assim por diante.

Evidentemente que o Estado, enquanto guardião dos bens comuns, quando for o caso, deve resguardar, gerir e distribuir esses bens objetivando o melhor proveito para a comunidade. Da mesma forma, esse dever estatal guarda relação com uma outra noção que veio a se consagrar no Ocidente, que é a de *interesse público*.

¹⁷ AQUINO, Tomás, no Tratado da Justiça, *Summa Theologica*. Ed. Loyola: São Paulo, 2005. Texto do latim da edição leonina reproduzido na Ed. Marietti (ed. Cl. Suemandt, OP, Turim Roma). (Coordenação de Carlos Josaphat Pinto de Oliveira 1948ss).

Origens do Direito Administrativo

Com a passagem do chamado período pré-moderno para aquele em que passa a haver uma centralização de funções no âmbito do Estado moderno, ocorre também uma reivindicação de bens, recursos e meios materiais para que o ente estatal possa fazer frente às suas novas responsabilidades. O Estado, enquanto gestor dos bens públicos, passa a concentrar o debate das questões distributivas e públicas. Esse é o novo espaço da política.

Dessa nova situação, exsurge e deriva, em parte, a autonomia do mais novo ramo do Direito – o Direito Administrativo, que trata justamente dessas questões e das relações entre o Estado e os cidadãos. O Direito Administrativo é uma criação tipicamente francesa, como é reconhecido pela quase unanimidade dos estudiosos do direito público.

Nesse contexto, o direito privado não mais passa a regular as relações entre particulares e Administração. Para essa relação, é necessário um novo direito com novas categorias, desenvolvidas e extraídas a partir dos casos concretos. Embora apoiado na noção de interesse público, que, então, passa a ordenar e legitimar a ação estatal e administrativa, isso tudo, mormente esta separação de áreas (público e o privado), é o que resta consolidado e reconhecido no *Arrêt Blanco*¹⁸ de 1873, após quase um século de acumulação da jurisprudência administrativa do *Conseil d'État*.

Aqui tem início a história da justiça administrativa no Ocidente. A precedência francesa nesse passo é reconhecida por todos. O Brasil, à sua maneira, tomou parte nesta história, ainda que de maneira muito modesta, como se irá verificar.

A função de dizer o direito nos casos concretos, enquanto função estatal que é, pode ser desenvolvida e articulada de várias formas no seio das instituições. Vários arranjos institucionais foram possíveis na história do Estado moderno Ocidental, já que essencialmente a jurisdição, tal como a administração, é uma forma de aplicação do direito.

¹⁸ O *Arrêt Blanco*, decisão tomada pelo Tribunal de Conflitos, em 08/02/1873, estabeleceu definitivamente a ligação entre a jurisdição administrativa e o direito administrativo na França (MARCEAU, Long; WEIL, Prosper; BRAIBANT, Guy; DEVOLVÉ, Pierre; GENOVIS, Bruno. *Les Grands Arrêts de la Jurisprudence Administrative* 13ªed. Paris: Dalloz, 2001, p. 2). Afirmou-se, a partir deste precedente, a autonomia do direito administrativo e fixou o regime geral da responsabilidade do Estado e da sua jurisdição. Apesar de sustentar-se a sua grande originalidade, na verdade, a decisão, em grande medida aprofunda e retoma os princípios do Edito de St. Germain.

1.2. Funções Estatais

A leitura clássica de Montesquieu, base histórica e doutrinal, da tripartição de poderes, é feito de forma horizontal, pode-se dizer até mesmo, rasa da separação de poderes e funções. Tal interpretação tornou-se um dogma inatacável, muitíssimo caro aos liberais.

Nesta teoria da separação de poderes, independentes e harmônicos entre si, cada poder pode trancar o outro, de tal maneira que isto levaria os poderes a atuarem de forma coordenada, tal o chamado *sistema de freios e contrapesos*, conceito este bastante corrente e quase gasto. O fato é que isto, e a experiência política brasileira o demonstra à exaustão, nem sempre funciona ou raramente funciona. Não é preciso mencionar a predominância do Poder Executivo entre nós.

Esta interpretação de Montesquieu é resultado, ela mesma, de uma determinada época histórica em que a ideologia liberal forneceu as chaves de leitura e interpretação e em que se tinha uma determinada concepção das funções de Estado, muita mais restrita e limitada que a de nosso tempo.

Cezar Saldanha, de forma sólida e original, traça em sua obra “O Tribunal Constitucional Como Poder”¹⁹, a história das diversas etapas da divisão de poderes e de funções, mostrando como cada uma pode ser tomada como obra de um gênio político de determinado período, criada e manifestada para responder a questões de seu tempo, por um teórico que também é fruto de seu tempo.

O fato é que o modelo da tripartição de poderes que todos os estudiosos acreditam poder encontrar em Montesquieu foi aquele que, então, pareceu corresponder da forma mais mecânica e esquemática às três funções jurídicas identificadas: jurisdição, legislação e administração. As funções realmente existem e se relacionam em torno do direito, mas os poderes são meros arranjos políticos e institucionais práticos, importantes não se tenha dúvida, mas são fruto primeiramente da conveniência política e obra dos homens.

Souza Junior propõe esta importante reflexão²⁰:

A classificação tradicional das funções jurídicas do Estado, desenvolvida desde o século XVIII, centra-se na contraposição dos conceitos de *legislação* (função de criação de direito ou função legislativa) e de *execução* (função executiva e função judiciária), como se essas pudessem ser separadas entre si e sobre um plano horizontal de paridade. KELSEN revolucionou os termos de tal equação, minimizando a importância da separação entre *legislação* (criação de normas) e *execução* (em sentido lato). Essa distinção apenas indicaria a **posição** que as normas ‘gerais’ (leis) e as normas ‘individuais’ (sentenças e atos administrativos) ocupam na *dinâmica* do ordenamento.

¹⁹ SOUZA JÚNIOR, Cezar Saldanha. *O Tribunal Constitucional como Poder*. Memória Jurídica, SP, 2002.

²⁰ Cf. SOUZA JÚNIOR, Cezar Saldanha. *Direito Constitucional, Direito Ordinário, Direito Judiciário*, Cadernos do PPGDir/UFRGS Número III, Março de 2005, p. 7-18.

Em seus respectivos países – em solo europeu – e épocas diferentes todos sabiam disso e, por isto, nunca tiveram o problema de evoluir e de reformar as suas instituições políticas. Jamais caíram na cegueira do doutrinário, que apenas compara doutrinas soltas no ar, apegando-se, com unhas e dentes, a uma doutrina, esquecendo-se da realidade política imediata, que não pode mais ser abarcada pelos antigos modelos.

Estes preconceitos perpassam todo o direito público, do Direito Constitucional ao Direito Administrativo, passando pelo Direito Tributário (não será tratado neste trabalho), como veremos ao analisar as funções de forma mais detalhada.

Os melhores administrativistas entre nós, como Marçal Justen Filho, referem as dificuldades na doutrina para se tentar definir a função administrativa²¹. Lançando um olhar sobre os diversos tipos de ações da Administração, como utilidades, fiscalizações, serviços, etc., a teoria tradicional perde-se na multiplicidade de possíveis aplicações da atividade administrativa, por óbvio, tão vastas e variáveis, como a própria infinitude das situações reais. O problema é antes um problema filosófico. Quando se lança um olhar mais amplo sobre o objeto em estudo, percebe-se, claramente, que não conseguirá aproximar-se do objeto sem uma perspectiva mais geral.

Desde o ponto de vista do Direito Constitucional Político e da Teoria do Estado, então, pode-se perceber que se o problema das funções do Estado for tomado de forma teleológica a partir de uma análise em níveis, a questão ganhará contornos mais nítidos e racionais. Seguindo-se, na linha de Kelsen, e a partir da boa velha analogia estrutural com uma pirâmide, que não é de Kelsen mas baseada na sua concepção do direito por escalões, haveria, no topo, o nível dos *fins últimos* ou *supremos* do Estado, no meio, o nível *fins intermediários* e na base, encontrar-se-ia o nível dos *fins próximos* ou *concretos*.

O caminho não é novo e já vem sendo trilhado por importantes estudiosos do Estado. O Prof^o. Cezar Saldanha, a partir de sugestão colhida em Jellinek, vem aperfeiçoando o modelo com excelentes resultados, análise que vem sendo, cada vez mais, refinada²².

Uma vez tendo se modificado o enfoque é possível propor-se, como o fez o Professor Cezar Saldanha, uma nova leitura de Montesquieu. No livro I e VI de “*O Espírito das Leis*”²³, o autor fala em poder executivo do direito das gentes, que, definitivamente, não era entendido como hoje, mas sim era o âmbito do direito internacional, reconhecendo a existência de diversos níveis. E Montesquieu, que conhecia os clássicos, certamente iria ter de reconhecer a existência das funções

²¹ JUSTEN FILHO, Marçal, *Curso de Direito Administrativo*, 2^a. Ed. Revista. e atualizada. – São Paulo: Saraiva, 2006, p. 29-30.

²² Para uma exposição mais detalhada conferir SOUZA JÚNIOR, Cezar Saldanha, SILVA MARTINS, Ives Gandra da. *Tratado de Direito Constitucional*, v. I. (coordenador). São Paulo: Saraiva 2010, p. 603-05.

²³ MONTESQUIEU: Charles de Secondat, Baron de. *O Espírito das Leis*. São Paulo: Martins Fontes, 2000. Tradução: Cristina Murachco, Livros I e VI.

divididas em níveis que, no fundo, é o que está por trás da sua divisão de poderes e funções.

Esta análise também baseia-se em que ela pressupõe uma correspondência entre estes níveis e os níveis da razão prática segundo Aristóteles. O nível da contemplação dos fins últimos, dos fins intermediários e dos fins concretos, tudo isto mediado pela *phronesis ou razão prática*.

A contribuição de Karl Loewenstein ajuda, ainda mais, a minar a interpretação antiga da tripartição horizontal de poderes, ao propor a existência dos seguintes níveis: *policy control*, *policy determination* e *policy execution*²⁴.

Em Kelsen, que sobreleva os caracteres jurídicos do Estado, encontra-se, como referido a idéia fundamental da estrutura hierárquica do ordenamento jurídico, que acompanha os níveis das funções do Estado. A Constituição encabeça a hierarquia das leis, ao determinar a produção normativa inferior e o padrão se repete nos níveis inferiores.

Cada nível da produção normativa pode ser visto como sendo simultaneamente criação e aplicação do direito. Desta forma, as funções administrativas e jurisdicionais podem ser vistas como tendo essencialmente a mesma natureza²⁵.

É nesta perspectiva dos níveis que se pode verificar, com clareza máxima, que a distribuição das funções a órgãos distintos do corpo estatal se dá muitas vezes de forma mista e assim tem de ser, pois o fazem tendo em vista um objeto ou critério ou dois: o direito e a política.

Há uma zona de intersecção entre a administração e a jurisdição. Como já verificaram os teóricos da tripartição clássica, é impossível separar de maneira rigorosa as funções do Estado em órgãos estanques.

O que fazem administradores públicos e juízes senão aplicar o direito? O juiz aplica o direito ao caso concreto, sem levar em conta, em larga escala, situações de conveniência e oportunidade nas questões de interesse geral.

A função jurisdicional, por seu turno, pode ser caracterizada como a aplicação do direito ao caso concreto em uma situação de litigiosidade (Carnelutti chama a atenção à lide), ou ainda, que a jurisdição visa à atuação da vontade concreta da lei, como queria Chiovenda²⁶.

Quando se observa mais detidamente, parece não haveria diferença essencial entre jurisdição e administração. Nesse sentido, Manoel Gonçalves Ferreira Filho:

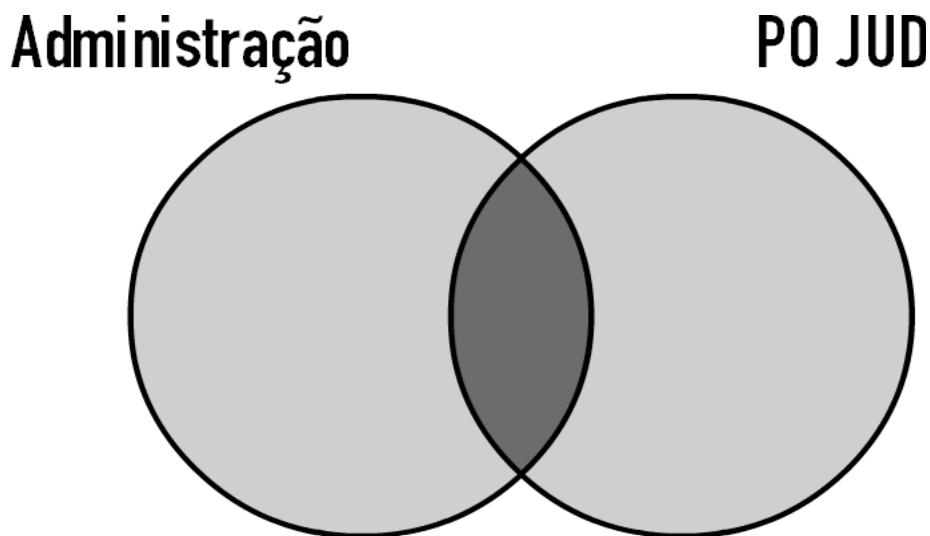
²⁴ LOEWENSTEIN, Karl. *Teoria de La Constitución*, 2ª Ed. – Barcelona: Ediciones Ariel, 1970. Capítulo da Anatomia do Processo Governamental.

²⁵ KELSEN, Hans. *Jurisdição Constitucional*. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 122-186.

²⁶ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves *Comentários à Constituição brasileira*. (5.ed.rev. e atualizada). – São Paulo : Saraiva, 1984, p. 453 e ss.

Mesmo assim, *não se dissipa a dúvida quanto à distinção científica entre função administrativa e função jurisdicional, que parece inexistir quanto à essência e repousar somente sobre o acidental – a forma e o conteúdo*. Quanto à finalidade, parece certo que, embora não seja a jurisdição o único meio de atuação da vontade concreta do direito objetivo, apenas ela tem esse escopo específico. Mas isso não importa propriamente em diferença ontológica entre jurisdição e administração.²⁷ (sem grifos no original).

O que ocorre é que o constitucionalismo liberal clássico, por questões políticas, optou por incumbir ao judiciário uma função que o equiparasse aos demais poderes.



No mesmo sentido, podem ser destacados os pontos comuns entre os atos de cada um dos órgãos respectivos – seja da Administração ou do Poder Judiciário (Pojud). Não há diferença ontológica entre uma sentença e um ato administrativo *stricto sensu*, mormente se observados pela perspectiva da Teoria do Estado.

Georg Jellinek²⁸ apresentou lições esclarecedoras quanto a este ponto:

No hay, ni puede dar-se, um signo general que separe la justicia de la administración. Por eso, aún hoy, todos los teorizadores se contentan con afirmar que esta oposición se ha formado históricamente, y que corresponde a la justicia lo que como tal se ha ido considerando en la evolución de la historia. La evolución moderna de la jurisdicción administrativa, así como las profundas investigaciones doctrinales acerca de la naturaleza de la jurisdicción y de la administración, muestran que la distinción entre la justicia y administración es cada vez más formalista, esto es, que se trata de categorías que hay que referir a los fenómenos exteriores de las autoridades que las ejecutan, las cuales no pueden aclarar las diferencias de las funciones del Estado que alcanzan en ellas su expresión.

²⁷ *Ibidem*, p. 453 e ss.

²⁸ Cf. JELLINEK, Georg. *Teoria General del Estado*, tradução e prólogo por Fernando de Los Rios, Buenos Aires: Editorial Albatros, 1954, p. 454.

1.3. Níveis da Razão Prática em Aristóteles

Esta análise também baseia-se em que ela pressupõe uma correspondência entre estes níveis das funções jurídicas do Estado e os níveis da razão prática segundo Aristóteles. O nível da contemplação dos fins últimos, dos fins intermediários e dos fins concretos, tudo isto mediado pela *phronesis* ou *razão prática*.

Na lição de Cezar Saldanha²⁹:

Ensinavam os clássicos que o direito está, como a ética e a política, no domínio da razão prática. Os seres humanos, vivendo em sociedade, são capazes de contemplar os fins últimos da convivência (o *telos*), a partir do ponto de inserção social em que cada um se encontra. Dessa contemplação, cada qual vê o *telos* de sua perspectiva, como lhe parece (o bem aparente). Essas visões diferenciadas articulam-se em formas diferentes de interpretação (*arché*), a serem confrontadas umas com as outras no denominado *processo deliberativo*, que deve ser o mais aberto e plural possível, via instituições adequadas. O pano de fundo das interpretações e do processo deliberativo há de ser a realidade concreta. A deliberação emerge do diálogo entre o *telos*, suas diversas interpretações, bem assim a realidade dos fatos. Da deliberação resultam as decisões, traduzidas, afinal, em ações concretas.

1.4. Níveis do Ordenamento Jurídico

De acordo com a visão kelseniana o ordenamento jurídico pode ser concebido em escalões. Haveria um *grau superior* ou *fundamental* que corresponderia às normas criadas pelo poder constituinte; um *grau primário* ou legislativo em que os órgãos autorizados a elaborar as leis gerais; e, ainda, o *grau secundário* das normas individuais de nível concreto, criadas, sob o fundamento das normas primárias, seja por meio do processo judicial (*sentenças*), seja pela via dos procedimentos administrativos (*atos administrativos*).

Tomadas individualmente uma visão puramente jurídica das funções estatais conduz a positivismo normativo, de uma lógica precisa, mas fechado em si mesmo. Esse método leva por sua vez a um método dedutivo de cima para baixo, passando da norma fundamental até o nível das normas concretas. Esta perspectiva levou Kelsen mesmo à identificação do Estado com o Direito.

JELLINEK já demonstrara, no entanto, que o Estado deve se abrir para o um plano superior dos valores ou fins últimos. As funções do Estado podem ser tomadas a partir de uma perspectiva política, ou de uma perspectiva jurídica. O ordenamento jurídico e as funções estatais podem ser analisados sob uma ótica *teleológica* (Aristóteles) ou *lógica* (Kelsen).

²⁹ SOUZA JÚNIOR, Cezar Saldanha, *Direito Constitucional, Direito Ordinário, Direito Judiciário*, Cadernos do PPGDir/UFRGS Número III, Março de 2005, p. 7-18.

O ordenamento jurídico, de sua parte, e guardando certa correspondência com os diversos plano das funções estatais, pode ser dividido nos seguintes níveis: 1º) Nível Fundamental: direito constitucional; 2º) Nível Intermediário: direito ordinário; 3º) Nível Concreto: direito judiciário. Cada um desses níveis atua de forma subsidiária do nível mais concreto ao nível mais abstrato.

1.5. Modelos de Estado de Direito

Os modelos de Estado de Direito existentes no Ocidente ajudam a compreender, enquanto *tipos ideais*, na medida em que pode ocorrer um enquadramento, os vários casos específicos de Estado de Direito historicamente identificáveis.

Ao longo do desenvolvimento dos Estados no Ocidente, na Modernidade, formaram-se três linhas de conformação jurídica de Estado, ou de Estado de Direito, vale dizer, três modelos de Estado de Direito³⁰. Aquele gestado na cultura de *Common Law*, que pode ser designado como *Rule of Law*. Um outro modelo é aquele que teve lugar em França, a partir da Revolução, *L'État Legal*. A cultura germânica moldou, por sua vez, o modelo do *Rechtsstaat*. Como se irá ver em momento oportuno, quando se tratar do modelo francês em especial, a conformação do modelo de Estado de Direito repercute diretamente na forma de controle da administração e de seus atos.

A Alemanha é o berço originário da concepção do Estado de Direito (*Rechtsstaat*). Essa concepção é muito própria e relacionada à própria doutrina da teoria do Estado formulada e recém-construída na cultura germânica. Não se pode olvidar a influência de Hegel na construção da ideia do *Rechtsstaat*. O Estado submete-se ao direito por ele mesmo criado. Nessa linha, fundamentou-se toda a construção do direito geral, criatura estatal, a que o próprio Estado estaria vinculado: o *direito administrativo*³¹.

A concepção francesa foi, por sua vez, influenciada pelo ideário revolucionário, legalista, daí porque a primeira ideia de submissão à lei que lá vigorou ficou conhecida como *l'État Legal*. No final do século XIX, a França passou a receber o influxo da concepção alemã, inclusive devido à profunda troca intelectual que houve entre publicistas de ambos os países. Embora adaptando a

³⁰ Para uma evolução histórica dos modelos de Estado de Direito, bem como uma explicação das principais características e diferenças de cada um deles, veja-se SOUZA JÚNIOR, Cezar Saldanha, *A Supremacia do Direito e Seus Modelos Básicos*, Porto Alegre, 2002.

³¹ Como lembra CHEVALLIER “ le *Rechtsstaat* n'est plus que 'l'État du droit administratif bien ordonné' (Otto Mayer), dominé par la figure de juge préposé au respect de la légalité. La théorie de l'autolimitation, dans laquelle la doctrine allemande place le fondement du *Rechtsstaat*, renforce ce formalisme, en plaçant le droit dans l'orbite exclusive de l'État.” (*L'État de Droit*, p. 18).

concepção à sua própria tradição³², os franceses traduziram a expressão *Rechtsstaat* literalmente como *l'État de Droit*.

Assim como na Alemanha, a doutrina do Estado de Direito ajudou para consolidar o sistematicidade do direito público e, em especial, do direito administrativo. Além disso, serviu como elemento crítico fundamental, “máquina de guerra” – nas palavras de Chevallier –, contra a *soberania parlamentar do Estado Legal*³³.

A ideia central por trás da junção do termo Direito ao Estado é a da submissão de todos à lei, inclusive dos agentes e órgãos estatais. Ao longo do desenvolvimento dos Estados no Ocidente foram se formando elementos essenciais do ideal de Estado de Direito. Assim, é perfeitamente possível falar num núcleo comum em torno do conceito do Estado de Direito, o qual encontra-se, de certa forma, presente em todos os modelos em particular. O núcleo essencial caracterizador pode ser expressado com os seguintes elementos .

1. Submissão à lei, com a conseqüente generalização do princípio da legalidade e universalidade de jurisdição;³⁴
2. Separação de Poderes;
3. Supremacia da Constituição;
4. Garantia de Direitos.

A noção de Estado de Direito, profundamente relacionada àquela do constitucionalismo liberal e seus valores, marcou indelevelmente a história da Revolução Francesa. Em França, buscou-se em Rousseau a doutrina geral da submissão de todos à lei³⁵.

A esses valores ajuntou-se a doutrina da separação estrita dos poderes, que apesar de ser inspirado em Montesquieu, a ele não se mantém fiel, pois no contexto do caldeirão doutrinário da Revolução Francesa, ganhou contornos todo especiais, a tal ponto que, somado a elementos de origem e inspiração diversa, foi erigido a dogma, absoluto, incontestável. Como visto, a interpretação conferida à separação de poderes foi feita em modo horizontal. Foi a Revolução Francesa a grande responsável pela difusão da interpretação absolutista, quase que daria para se dizer *fundamentalista*, da separação de poderes, que, depois, seria exportada para diversos países. Tornou-se dogmática e indiscutível o modelo da tripartição de poderes. O mito se resume numa fórmula “*existem três poderes independentes e harmônicos entre si*”. É como se, à força de se

³² A influência foi recíproca. Mas a doutrina alemã teve de passar por uma depuração. Explica CHEVALLIER: “L’apport de Carré de Malberg sera de construire une approche de l’État de droit épurée de certaines de ses références germaniques et de ce fait mieux adaptée à la réalité politique française.” (*Op. Cit.*, p. 29)

³³ CHEVALLEIR, Jacques, *L’État de Droit*, p. 31-32.

³⁴ *Idem, Op. Cit.* .

³⁵ ENTERRÍA, Eduardo García de. *As Transformações da Justiça Administrativa*.

repetir o encantamento, os graves problemas institucionais, as crises governativas desaparesem. Porém, como visto, tratava-se de uma nova construção, feita para atender a determinados objetivos, revolucionários. E, como se verá, os franceses não tiveram escrúpulos de flexibilizar as fórmulas (a separação de poderes é um exemplo).

Um desses objetivos, de caráter *instrumental*, era garantir que a administração realizasse os seus planos sem que pudesse sofrer interferência de qualquer ordem. Este objetivo buscava realizar *a separação entre a ordem administrativa e a ordem judicial*. Com essa meta de garantir a vitória da Revolução e de seus agentes, produziu-se um arranjo institucional muito especial, que iria se valer de órgãos e elementos já existentes e tradicionais, como o próprio Conselho de Estado, que, no regime anterior, assessorava o rei, mas que então seria posto à serviço dos ideais da Revolução. Houve aqui uma engenhosa união entre o antigo e o novo.

Assim, tirou-se da esfera do poder judicial a análise de questões que dissessem respeito à Administração, seja como parte diretamente envolvida, seja como interessada, ao mesmo tempo em que foram conferidos a órgãos inseridos dentro da estrutura da própria Administração a competência para a análise de tais questões. Para submeter a Administração ao novo regime legal, foi instituído um sistema de *contencioso administrativo*.

Sistemas Administrativos³⁶

Os vários modelos de Estado de Direito possuem *sistemas de controle da administração* – ou *sistemas administrativos* – que lhes são peculiares. Cada um dos tipos de Estado de Direito produziu uma forma própria de controle da administração e de seus agentes, resultantes, por sua vez, da forma tradicional com que souberam equacionar, ao longo do tempo, as *relações* entre os campos do *direito* e da *política*, em seu meio social e político.

A doutrina, em linhas gerais, divide os sistemas de controle da administração em dois tipos. O sistema de *controle judicial da administração* e o *sistema do contencioso administrativo*, os quais também podem ser designados, respectivamente, por razões óbvias, como sistema *inglês* e sistema *francês*. No primeiro caso, confere-se a análise das questões relativas a direito em qualquer caso, inclusive, portanto, quando presente a administração, aos tribunais comuns, enquanto que, quando tal prerrogativa é atribuída a órgãos da administração, está-se diante do contencioso administrativo. Como o problema encontra-se estreitamente relacionado com a questão da competência jurisdicional, ou seja à função de dizer o direito quando o caso envolver a administração, uma outra

³⁶ SEABRA FAGUNDES (*O Controle dos Atos Administrativos Pelo Poder Judiciário*, 8ªed atualizada por Gustavo Binenbojm, Forense, 2010, p.140-152), apresenta um bom sumário dos diversos sistemas existentes no seu clássico livro. Outra exposição importante pode ser encontrada em HELY LOPES MEIRELLES (*Direito Administrativo Brasileiro*, Malheiros, 29ªed., 2004, p. 52-58).

forma de caracterizar os sistemas é sistema de *jurisdição única* e sistema de *jurisdição dúplice*.³⁷

Reconheceu-se que a origem do sistema que tem por base o controle judicial da administração, por razões históricas e da tradição dos países, repousa no modelo *anglo-saxão*. O antecedente histórico que firmou a soberania do judiciário, com exclusão dos demais poderes, para tratar de questões de direito foi o *Act of Establishment* de 1701. Este sistema foi transferido aos Estados Unidos, onde recebeu novos desenvolvimentos e adaptações. Dos Estados Unidos, o mesmo sistema recebeu acolhida em diversos outros países do mundo e, em especial, na América Latina, como, por exemplo, no México, Argentina e Brasil.

O sistema do controle judicial da administração foi recepcionado no Brasil, pela primeira vez, com a Constituição republicana de 1891, profundamente influenciada pelo modelo americano, de onde extraiu também muito do seu novo regime federal.

Cada um desses modelos influenciou os países periféricos, que, à sua maneira, procuraram adaptar e introjetar essas estruturas e valores à sua própria ordem juspolítica, ainda que muitas vezes de forma incoerente e desarticulada, sem respeitar as suas próprias origens e tradições.

O Brasil é um excelente exemplo de como um país pode, sucessivamente, reconhecer as suas próprias raízes históricas e tradição e, portanto, segui-las dentro de uma linha racional e evolutiva, ou abandoná-las, no momento seguinte, de forma fortuita e inconsequente ao sabor dos sucessos históricos.

Contencioso Administrativo

Antes de se prosseguir na análise dos demais temas, é preciso tecer algumas considerações sobre a expressão contencioso administrativo. Não se pode deixar de registrar o caráter ambíguo da expressão, ora aparecendo num sentido, ora noutra conforme o contexto. Algumas vezes, é possível perceber uma variação de sentido conforme o autor seja favorável ou crítico do instituto. Porém, não me parece correto resolver a questão na base do *a favor* ou *contra*. É necessário analisar os diversos sentidos em que a palavra vem empregada, de tal maneira a tentar distinguir se se trata de uso com algum caráter *descritivo* (objetivo) ou apenas a serviço de *preferências individuais* (subjeto).

³⁷ O que caracteriza cada sistema é o caráter de *definitividade* das decisões, se partindo somente do poder judicial – *jurisdição única* –, se também de órgãos da própria administração ou em sentido mais amplo, do poder executivo – *jurisdição dúplice*. **Questão diversa** é a de saber se em tal ou qual contencioso – seja fiscal, previdenciário, etc – existe *unidade ou duplicidade de apreciação*, pois, neste caso, ainda que não haja definitividade das decisões, tal fato não exclui, por si só, a possibilidade de haver apreciação na esfera administrativa. Assim é preciso diferenciar *contencioso em sentido estrito* (enquanto sistema) e *contencioso em sentido amplo*, o qual também abrange, em sentido material, o conteúdo da questão de que se trata desde que relacionada com o Direito Administrativo e caracterizada pela nota essencial do interesse público.

Segundo o verbete da Enciclopédia Saraiva de Direito³⁸ *contencioso administrativo* é o sistema de jurisdição em que a administração julga, em que a administração tem funções judicantes. Algo do sentido da expressão contencioso administrativo tomado no sentido de sistema já foi visto no tópico anterior. Esse sentido é empregado pela maior parte dos autores que tratam do tema, especialmente pelos administrativistas na análise dos sistemas dos vários países.

Segundo a definição do mesmo dicionário, verifica-se que há na referida expressão uma certa incompatibilidade nos termos. Contencioso indica luta, contenda, litígio, enquanto que administrativo significa, ao contrário, amigável, gracioso, voluntário. Haveria aqui uma *contradictio in terminis*.

A jurisdição, quanto ao seu objeto, divide-se em contenciosa e graciosa. “Jurisdição contenciosa” é aquela em que a relação de direito é conflitante e controvertida. “Jurisdição graciosa”, “voluntária” ou “administrativa” é aquela em que existe comunhão de interesses entre as partes.

Contencioso administrativo também pode ser tomado como oposto ao *contencioso judiciário*. Nesta acepção, a expressão seria legítima e inquestionável, tendo surgido na França primeiro no direito positivo, passado para a jurisprudência e a seguir para a doutrina e se incorporado definitivamente no vocabulário do direito administrativo internacional. É portanto uma expressão incorporada à tradição.

Existe, porém, o uso da expressão mesmo num contexto em que não há jurisdição dúplice. Isso porque o contencioso administrativo perante a administração continua a existir mesmo num ambiente autônomo como sendo de jurisdição única, o que dá conta a existência de dezenas de subsistemas contenciosos administrativos como no Brasil: previdenciário, fiscal, de ordem econômica, etc. A tendência é de aumento, principalmente quando o país adota um modelo de regulação por agências influenciado pelo Estados Unidos.

Dessa forma, é possível identificar pelo menos dois sentidos para a expressão. Num sentido *amplo* como o conjunto dos litígios administrativos (litígios suscitados pela atividade administrativa) e um sentido *restrito* que é aquele da tradição, francesa, de *sistema* de contencioso administrativo.

O sistema brasileiro criou uma especificidade a partir da Constituição de 1946 que é a previsão da inafastabilidade de controle judicial em questões de direito. No quarto capítulo do trabalho será contado um pouco da história desta cláusula entre nós.

³⁸ Verbetes de Contencioso Administrativo de autoria de José Cretella Júnior, *Vocabulário Saraiva do Direito*, vol. 19 (Coordenação do Prof. Limongi França) São Paulo: Saraiva, 1977.

Críticas ao Contencioso Administrativo

O percurso histórico do contencioso administrativo desde o início enfrentou intenso debate e duras críticas de opositores. Os seus defensores e a própria evolução do instituto demonstraram que muitas delas eram ideológicas ou simplesmente falácias. Até a sua consolidação nos quadros do Estado de Direito e Social contemporâneo muita tinta foi vertida sobre o tema.

A principal crítica que sempre se fez ao contencioso administrativo era aquela de que a Administração sendo parte não poderia ao mesmo tempo julgar os conflitos suscitados pela sua própria atividade. Tal crítica tornou-se famosa tendo sido enunciada pelo Duque de BROGLIE no século XIX³⁹. A crítica, todavia, é meramente doutrinária. Em resumo, Broglie, crítico veemente da formatação original do sistema, entendia que se os tribunais administrativos fossem independentes do poder executivo de nada valeriam, pois nessa posição já se encontra o judiciário; e se fossem dele dependentes nada valeriam como órgãos de justiça. Na prática, essas discussões resultaram em aperfeiçoamentos do sistema, por conscientizarem problemas e ambiguidades latentes.

Em sentido próximo, ocorreram ainda importantes discussões inclusive de Direito Comparado. O debate DICEY e JÈZE contrapôs o modelo anglo-saxônico de *Rule of Law* ao regime de *Droit Administratif* continental. Dicey, em importante estudo de 1885 que dedica ao tema, criticou muitas das características do sistema francês reconhecendo nele a defesa das prerrogativas da administração.⁴⁰ Não obstante, não deixa de reconhecer o significativo progresso do Direito Administrativo francês.

Como refere BUCCI, o texto de Dicey é sempre citado por aqueles que sustentam a inutilidade de diálogos entre os sistemas romanísticos e os de *common law*. Evidentemente que sustentar isso num país como o Brasil em que a maior parte das instituições têm origem em sistemas estrangeiros é um completo equívoco.

Não se pode negar o uso muitas vezes indevido e arbitrário que regimes autoritários e totalitários podem fazer, como fizeram do contencioso, como de qualquer forma farão de quaisquer instituições e órgãos que tendam a refrear os seus excessos. Este é um risco sempre possível. No entanto, o modelo francês sempre aperfeiçoado ao longo dos tempos procurou sempre reforçar as garantias do Estado de Direito.

De seu lado, evidentemente que não se está a negar ou a relativizar a suprema importância e centralidade da apreciação judicial no Estado de Direito e na defesa dos direitos individuais.

³⁹ DUQUE DE BROGLIE, *Revue Française*, n de novembro de 1828, *apud* MASAGÃO, Mário, *Curso de Direito administrativo*, p. 311.

⁴⁰ DICEY, A V, *Introduction to the study of the law of the constitution*, Macmillan and co., 9ª ed, Londres, 1952. Na obra Dicey dedica parte significativa ao estudo comparado dos sistemas inglês e francês. Conferir capítulo XII – *Rule of Law Compared With Droit Administrative*, pp. 328-405. O tema retorna na Seção I do Apêndice intitulada *Administrative Law*, pp. 475-545.

Foi, todavia, virtualmente necessário a criação de um novo campo do Direito para garantir o império da lei no âmbito da organização estatal e seus agentes.

Hoje, como explica LAUBAUDÈRE⁴¹, depois de todo o desenvolvimento e maturidade do sistema, pode parecer natural que a existência de um regime de Direito Administrativo seja explicado pela necessidade de aplicação de um direito especial, porém tais motivos seriam estranhos à sua origem. O fato, porém, é que o fundamento lógico (questões de justiça distributiva moduladas em grande parte pelo critério da maior ou menor intervenção do Estado), já estava presente desde o início, *pois foi justamente o próprio sistema de contencioso que foi criando o novo campo jurídico, através de lenta construção jurisprudencial*. Os conselheiros franceses foram burilando e trabalhando os novos institutos jurídicos com uma constância e criatividade notáveis. O grande orgulho com que sempre tiveram dos recursos e figuras jurídicas do seu modelo de contencioso bem demonstravam a verdadeira devoção quase que de estetas pelas suas criações.

A equação chave aqui consiste no seguinte: quanto mais o Estado intervém, seja na economia ou em qualquer outro setor da sociedade com vistas à realização de determinados bens (que também variam, porém a tendência é sempre crescente), mais ele irá concentrar e centralizar bens, recursos e meios materiais, enfim, para realizá-los, o que por sua vez é operacionalizado pela lógica da justiça distributiva de modo a alocar os bens, serviços e direitos que ele oferece em troca. Todavia, há sempre uma defasagem entre as promessas estatais e aquilo que efetivamente se cumpre. Isso é da essência do Estado e do Poder. Como já antevira BERTRAND DE JOUVENNEL, a história do poder é a história de seu crescimento.⁴²

⁴¹ LAUBAUDÈRE, André de, *Manuel de droit administratif*, Paris, 1963, pp. 38-9.

⁴² JOUVENEL, Bertrand, *Sobre el poder: historia natural de su crecimiento*, Union Editorial, Madrid, 1998.

Capítulo II – Conselho de Estado: Breve Estudo Comparado

“Não há, na França, autoridade superior à Lei.”

2.1. Conselho de Estado em França

2.1.1. Novo Regime, Novas Instituições

A França tinha criado um Conselho de Estado, ao mesmo tempo em que formou um sistema de contencioso administrativo. Dividiram as jurisdições de forma sistemática. Assim, o poder judiciário analisaria as questões litigiosas entre particulares e o Conselho de Estado cuidaria das questões contenciosas que envolvessem a administração e os particulares, ou seja, relacionadas ao Direito Administrativo. Separaram as jurisdições, de maneira que uma jurisdição não poderia interferir na outra, pois isto equivaleria a uma interferência indevida de um poder sobre o outro, o que feriria a Constituição, já que violaria o princípio tão caro aos revolucionários franceses da separação de poderes.

A doutrina de Direito Público francesa, herdeira de sua Revolução, influenciou inúmeros países no Ocidente, inclusive o Brasil. Os estadistas brasileiros tomaram a teoria política e constitucional liberal francesa para criar um sistema de contencioso administrativo no Brasil, o que será visto em tópico próprio.

É sabido que os revolucionários franceses tinham um grande “preconceito” em relação ao poder judicial, cujos membros nutriam, ou poderiam nutrir, ainda, alguma fidelidade ao *Anciën Regime*. Muitos pendiam ainda para os antigos valores, ou tinham certas afinidades com o Antigo Regime. A nobreza de toga ainda não tinha passado pela formação doutrinária nos valores do novo regime. Os professores e advogados eram associados a esta antiga formação⁴³. Um dos objetivos da Revolução Francesa ao tentar consolidar os novos valores, criando o Conselho de Estado, era evitar que o poder judicial interferisse no projeto que estava sendo implementado. Reforçou-se o princípio da separação de poderes para dar maior peso ao poder executivo, objetivando um reforço das suas decisões e impedindo que estas pudessem vir a ser modificadas pelo poder judicial. Assentaram,

⁴³ Cf. LIMA LOPES, José Reinaldo. *O oráculo de delfos: o conselho de estado no Brasil-Império*. São Paulo: Saraiva, 2010. O professor Lopes menciona que outros regimes que também se espelhavam no modelo francês, como Portugal, adotou um método de filtragem das antigas ideias nas classes vinculadas às antigas ideias. Cita o caso do Estatuto da Universidade de Coimbra que alertava juízes e magistrados no sentido de respeitarem os limites quase intransponíveis da lei (p. 5).

então, um princípio muito caro à Revolução: *julgar a administração também é administrar*. Quem deveria julgar a administração, vale dizer, o poder executivo – aí incluídos o governo e a administração – era a própria administração e não o poder judicial. Desta forma, o poder político governamental não poderia sofrer represália ou modificações dos seus atos por parte do poder judiciário.

O Conselho de Estado francês foi criado por Napoleão Bonaparte em 1799, através da Constituição do ano VIII, para assessoramento do próprio Imperador. Essa é mais uma façanha do Napoleão-legislador⁴⁴. O órgão foi criado dentro de todo espírito e da teoria política da Revolução Francesa. O Conselho de Estado francês teve uma tumultuada ambientação em França, mas, no fim das contas, o órgão se consolidou e tornou-se uma instituição estratégica e essencial à forma constitucional francesa. É impossível falar em Direito Público francês sem ter na mais alta conta essa formidável instituição jurídico-política.

Porém, forçoso é referir que essa divisão jurisdicional ocorrida em França não se baseava apenas em questões ideológicas ou de pré-compreensões em relação a classes sociais ou coisa semelhante. Ela também tem uma base teórico e racional. A criação do Direito Administrativo e da Justiça Administrativa que lhe deu origem, em grande medida, se baseia na distinção dos tipos de justiças.

Primeiros Desenvolvimentos

A tradição de contencioso administrativo na França remonta ao Antigo Regime, podendo se afirmar que algumas de suas práticas e estruturas deitam raízes ainda no período medieval.

As premissas legais e dogmáticas com as quais se irá paulatinamente construir a figura da justiça administrativa já foram lançadas bem no início, nos primeiros atos da Revolução. Vários dos princípios abstratos fixados de antemão foram se encaixando de maneira a se obter um todo logicamente coerente.

Encabeçando o sistema, surgia, soberano, o princípio da legalidade, com uma vitalidade e preeminência como nunca antes na História do Ocidente, a ideia da total submissão de todos às leis,

⁴⁴ ENTERRÍA, Eduardo García, *As Transformações da Justiça Administrativa*, Ed. Forum, 2010, p. 25. O próprio Código Civil francês viria a ser redigido por juristas no próprio Conselho de Estado. G. RIPERT, em *Le déclin du Droit. Études sur la Législation contemporaine*, Paris, 1949, p. 1, afirma que a codificação napoleônica foi “A obra legislativa mais grandiosa que já foi realizada desde o tempo de Justiniano”; de sua parte, o romanista KOSCHAKER, em *Europa und das Römische Recht*, 2ª ed., Munich, 1953, pp. 136-137, detalha: “Pode-se situar Napoleão entre os grandes legisladores da história do mundo. O império jurídico criado por Napoleão, tanto pela população que abarca como pela extensão territorial, supera em muito o que fora criado por Justiniano”; *apud* ENTERRÍA, Eduardo García, *La lengua de los derechos: la formación del derecho público europeo tras la Revolución Francesa*, 3ª ed., Thomson Reuters, 2009, p. 178.

inclusive da Administração. A partir da então, a Administração passa a ser organizada e regulada integralmente pela lei, em todos os seus aspectos – *estrutura, desempenho da atividade e finalidade*. A própria sistemática da separação de poderes dava um novo enfoque à função administrativa. Enquanto órgão do Poder Executivo, cabe à Administração executar as leis, a partir de um centro de competências fixado em leis, e não mais como responsável por efetivar uma vontade mais ou menos criativa dos seus membros ou do soberano⁴⁵.

Na Declaração de Direitos de 1789, portanto, no primeiro ano da Revolução, já se podia ler no artigo 16 o seguinte: “ *que toda sociedade na qual não esteja assegurada a garantia dos direitos e nem estabelecida a separação de poderes não tem constituição*”.

Desde o início a Revolução estabeleceu a separação radical entre Administração e Justiça. Foi decisiva nessa orientação a Lei de 16-24 de agosto de 1790, da Assembléia Constituinte, a qual estabeleceu, antes mesmo da Constituição de 1791:

“As funções jurisdicionais estão e permanecerão separadas das funções administrativas. Os juízes não poderão, de forma alguma, sob pena de prevaricação, interferir [*troublers*: molestar] no desempenho dos órgãos administrativos, em razão de suas funções.”

Na Constituição de 1791 já se delinearía claramente um sistema, a que só era necessário desenvolver. Podem ser mencionados os seguintes dispositivos, que em essência foram mantidos e desenvolvidos, apesar das diversas modificações legislativas e políticas subsequentes. Art. 3º da Seção Primeira do Capítulo II do Título III havia precisado que: “*Não há na França autoridade superior à lei. O Rei não reina a não ser por meio dessa e não é senão em nome da lei que pode exigir obediência.*”

O Art. 4º da Seção II do Capítulo IV do Título IV, estabelece que: “ *Compete ao poder legislativo determinar as regras e o modo pelos quais os administradores exercem sua funções*”. A partir do Art. 4º da Seção II do Capítulo IV do Título III, que dispunha que, dentre as funções do Legislativo, estava a de “*determinar as regras e o modo pelos quais [os administradores] exercerão suas funções (...) em todos os âmbitos da Administração.*”, reconheceu-se o “direito do Rei”, enquanto poder superior do Estado, “*(...) de anular os atos dos administradores que sejam contrários à lei* (art. 4º, Seção II, Capítulo IV, Título III). Note-se aqui claramente um reconhecimento da função do chefe de Estado como um poder de controle, num claro reconhecimento do sistema legal como um sistema hierárquico, composto de vários níveis.

E esse sistema hierárquico transmitiu-se de forma mecânica a todos os escalões da administração. Não somente ao Rei, reconheceu-se o “*direito de anular os atos dos administradores departamentais que sejam contrários às leis e às ordens a eles dirigidas*”, como também aos

⁴⁵ ENTERRÍA, Eduardo García, *As Transformações da Justiça Administrativa*, Ed. Forum, 2010, p. 8-9.

próprios administradores departamentais, que “*têm igualmente o direito de anular os atos dos subadministradores distritais contrários às leis, às decisões dos administradores departamentais ou às ordens [superiores] que a estes tenham sido transmitidas.*”⁴⁶

Aqui, o ponto decisivo segundo Enterría, que assim leciona:

“Trata-se aqui, do ponto fulcral: a lei predetermina o conteúdo de todos os atos dos administradores, de modo que, se tais atos não estiverem em conformidade com essa, deverão ser, necessariamente, eliminados. É dizer, tecnicamente anulados. O princípio da legalidade alcança, assim, a plenitude de sua eficácia prática, impondo a nulidade de todos os atos promovidos em contrariedade à lei. Este princípio define, correlativamente, uma faculdade de controle sobre os atos ilegais, que se consolida na necessidade de sua eliminação ou anulação”.⁴⁷

O princípio da separação entre Justiça e Administração, já fixado na Lei de 1790, vem a seguir referendado nos seguintes termos, no art. 3º do Capítulo V do Título III: “*Os tribunais não podem se imiscuir no exercício do Poder Legislativo, suspender a execução das leis e tampouco intervir sobre as funções administrativas, interpellando os administradores quanto às suas funções.*”

Dando seguimento a essas construções, a consolidação da estrutura foi realizada por Napoleão Bonaparte. A Constituição do ano VIII (1799), feita quando Napoleão era apenas Primeiro Cônsul, previu a figura do *Conseil d'État* no seu artigo 52, tendo como funções “(...) redigir os projetos de lei e os regulamentos da Administração pública, bem como para *resolver as dificuldades que surjam em matéria administrativa*”.⁴⁸ O Conselho de Estado napoleônico⁴⁹ seria o protótipo maior de todas as fases por que passou na história francesa, inclusive para o Conselho de Estado do Brasil.

⁴⁶ *Ibidem*, p. 19-20.

⁴⁷ *Loc. Cit.*

⁴⁸ Article 52. - Sous la direction des consuls, un Conseil d'Etat est chargé de rédiger les projets de lois et les règlements d'administration publique, et de résoudre les difficultés qui s'élèvent en matière administrative. Disponível em: <<http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/la-constitution/les-constitutions-de-la-france/constitution-du-22-frimaire-an-viii.5087.html>>. (Acesso em 26/03/2013).

⁴⁹ Sobre este Conselho assim manifestou-se o nosso Visconde do URUGUAI: “restabeleceu Napoleão o Conselho de Estado meramente consultivo. Fez dele o foco de todas as luzes, e a reunião de todas as ilustrações civis e militares que a revolução fizera rebentar dentre as suas procelas. Fez dele a alma da administração, a fonte das leis, e absorveu nele toda a importância política, que a Constituição dessa época tinha retirado da representação nacional. Colocado, de fato, acima dos ministros, que fiscalizava, ainda que privado de poder próprio, tomava o Conselho de Estado uma parte tamanha, tão contínua, tão íntima em todos os atos do governo, que era verdadeiramente a primeira corporação do Império.” *Ensaio, op. cit.*, p. (223)

Justificação da Solução Adotada

O simples fato da separação entre administração e judiciário ordinário demonstra em significativa medida grande parte da convencionalidade da separação de poderes. Os conflitos jurídico-políticos que envolvam a administração tanto poderiam ser submetidos ao poder judicial comum, quanto ao próprio poder executante do qual a administração faz parte. Qualquer uma das duas soluções poderia ser adotada sem grave prejuízo lógico⁵⁰. Isso porque a divisão dos poderes nunca concebeu uma separação absoluta entre as funções de tal maneira que somente funções executivas seriam atribuídas ao poder executivo, que somente questões litigiosas envolvendo duas partes, ao judiciário e somente questões puramente criadoras de normas gerais ao poder legislativo. Nesse sentido, a própria doutrina constitucional faz as distinções entre as funções *típicas* e *atípicas* de cada poder.

A solução adotada pelos franceses, que parece muito estranha aos países que adotaram o modelo de separação norte-americano, tem diversas causas e fundamentos. Pode-se afirmar que a causa imediata está relacionada à própria tradição histórica desse país, além de outras contingências ligadas ao seu desenvolvimento. Consolidado o modelo, com o correr dos tempos, outras razões vieram a se somar àquelas inicialmente alegadas.

2.1.2. Fases da Justiça Administrativa em França

Dentro dessa linha, bastante ciosa das prerrogativas do Executivo, o Direito Administrativo francês trilhou seu curso, forjado pela doutrina e jurisprudência do Conselho de Estado francês, e, no período, seguido de perto pelo Conselho brasileiro.

As fases da justiça administrativa só podem ser entendidas dentro do quadro maior da evolução e complexificação da administração e do Estado. Podem ser destacados aqui teoricamente três momentos essenciais. Um primeiro momento em que são os próprios funcionários da *administração ativa* que exercem as funções de julgamento dos seus próprios atos, também conhecida como a do *administrador-juiz*. Num segundo momento, é possível criar corpos diversos daqueles que exercem a administração ativa, inicialmente consultivos, para a apreciação dessas solicitações dos administrados (*administração consultiva*). E apenas num terceiro momento torna-se possível *delegar* a função jurisdicional com independência aos corpos julgadores, ainda que pertencentes à própria administração.⁵¹

⁵⁰ RIVERO, Jean. *Direito Administrativo*. Almedina, Coimbra, 1981.

⁵¹ Para uma visão esquemática, dessas três fases, ver, dentre outros, XAVIER, Alberto, *Princípios do Processo*

É preciso destacar que nos dois primeiros momentos em especial ocorre necessariamente uma confusão entre as diversas funções estatais principalmente das funções de Governo e das funções de Administração. Essa evolução tem de ser vista, como referido, dentro do crescimento da burocracia estatal e de suas novas funções.⁵²

A justiça administrativa na França teve, então, uma evolução nas seguintes etapas. A primeira fase é aquela da chamada *justiça retida* (*Justice Retenue*), em que são atribuídos o julgamento de determinadas questões do contencioso e o exercício de determinadas funções a órgãos específicos da Administração, cabendo ao Governo dar a palavra final, razão pela qual também pode ser traduzido como *justiça homologável*.

Numa segunda fase, ocorreu uma transição desse sistema de justiça retida para um sistema de *justiça delegada* (1830-1872), em que o órgão do contencioso passou a ter uma maior independência com relação ao Governo. Nesta fase, estabelecem-se, inclusive por influência das decisões do Conselho, diversos critérios que fixam a competência da justiça administrativa *vis-à-vis* justiça comum. Os atos da Administração passaram a ser classificados em: a) atos de gestão e b) atos de império. Ou seja, quando a Administração atuasse como particular (locação, propriedade, etc.), seria julgado pela justiça comum. Quando se tratasse de atos de império, somente à justiça administrativa caberia o processamento do feito⁵³. Com isso, ocorreu uma flexibilização maior, permitindo que muitas reclamações fossem encaminhadas para o Poder Judiciário, pelo que chamou-se-lhe *sistema moderado*.

A justiça administrativa na França, passando por toda esta evolução, somente foi ter reconhecida a sua independência no ano de 1872 com a criação de um Tribunal de Conflitos, a quem caberia julgar os conflitos de competência entre a justiça administrativa e a justiça comum. Porém, apesar da independência tardia, isto não impediu que, dentro do Conselho de Estado, fosse criada grande parte da doutrina moderna do Direito Administrativo. Muitos dos recursos e instrumentos que são manejados frente à Administração, como o recurso de *Excesso de Poder*,

Administrativo e Judicial Tributário, Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 24.

⁵² Veja-se o caso da criação da Justiça do Trabalho no Brasil, segundo Pontes de Miranda: “O Estado contemporâneo, quando começou a ter de dar soluções a problemas que saíam do âmbito da manutenção da ordem e da defesa externa, teve de procurar informar-se e resolver controvérsias... Para isto, dotou os seus quadros de funcionários públicos com pessoas especializadas... A princípio, faltava ao Estado o pessoal especializado, e a atribuição da competência conciliatória arbitral, ou interventiva, ao Poder Judiciário, encontrava dois óbices: a) a inespecialização dos funcionários públicos, que eram os juizes, mais afeitos à aplicação de velhas ou novas regras jurídicas sistematizadas; b) a necessidade de decisões rápidas... Assim, por exemplo, exurgiu a Justiça do Trabalho... A inserção da Justiça do Trabalho no Poder Judiciário afastou grande parte das possíveis invocações do então art. 141, § 4º; porque a Justiça do Trabalho aprecia “judicialmente”, no sentido do art. 153, § 4º”. (*Comentários à Constituição de 1967 com a Emenda n. I de 1969*. SP: RT, 1971, Tomo V, p. 110).

⁵³ Para um apanhado das diversas fases por que passou a justiça administrativa na França, conferir ARAGÃO, J. Guilherme de. *Justiça Administrativa no Brasil*. Cadernos de Administração Pública, n. 25. Rio de Janeiro: FGV, 1955. E, ainda, do mesmo autor, a sua tese de doutoramento na Universidade de Paris, *La Jurisdiction Administrative au Bresil*. Tese de Doutoramento em Direito, Faculdade de Direito de Paris, 1955.

foram criados e desenvolvidos neste período anterior à criação do Tribunal de Conflitos.

A questão da eficácia das decisões da justiça administrativa em França só veio a ter um tratamento mais cuidadoso, após mais de século e meio de funcionamento do órgão⁵⁴.

O sistema de contencioso administrativo francês no século XIX, assim como o brasileiro, também estava tateando de alguma maneira, o que é perfeitamente compreensível dada a novidade e originalidade daquele novo campo, que estava sendo constituído naquele mesmo momento. Algumas das decisões (arrêtes) tinham enorme potencial para ser desenvolvido, mas no sistema de justiça retida permaneceram com sua eficácia irradiadora para o sistema também contidas (retidas). As bases e premissas do novo sistema de contencioso administrativo, no entanto, é preciso que se diga, foram lançadas, mesmo antes de 1872.

Como bem pontua Aragão⁵⁵, somente com E. LAFERRIÈRE, em 1896, com a sua obra *Traité de la Jurisdiction Administrative* (02 vols.), é que irá ocorrer, por vez primeira, a empreitada de sistematização da jurisdição administrativa e irá se firmar uma *terceira fase* desta jurisdição, já iniciada em grande parte com instituição da justiça delegada (1872) e com o famoso Arrêt BLANCO (1873) já citado.

As maiores modificações, portanto, vieram no final do século XIX e século XX, mas sob as bases dos elementos que haviam sido consolidados nas fases anteriores. As fases ulteriores iriam contar já com o critério do critério do *Serviço Público*, também inaugurado por Laferrière, que gerou novas tendências. As fase seguintes, contudo, não abrangem a fase histórica do Império. Por isso, a seguir se apresenta apenas um pequeno sumário do desenvolvimento da jurisdição administrativa francesa nos séculos XX⁵⁶ e XXI.

Os órgãos de base da jurisdição administrativa são os antigos Conselhos de Prefeitura da lei de 28 de Pluvioso do ano VIII. Eles atuavam junto a cada prefeito e tinham função consultiva (bastante reduzida) e uma competência jurisdicional de atribuição (em geral em matérias de obras públicas e de contribuições diretas), com apelo ao Conselho de Estado.

Em 1926, os Conselhos de Prefeitura são dotados de maior autonomia, passando a atuar em âmbito interdepartamental. Em 1934, tem suas as suas competências foram alargadas em matéria de contencioso das coletividades locais. Essas modificações não lograram diminuir o número de recursos interpostos em primeira e última instância perante o Conselho de Estado, juiz de direito comum. Foi preciso que também esses se tornassem tais em 1954.

⁵⁴ Ver especialmente ENTERRÍA, Eduardo García, *As Transformações da Justiça Administrativa*, Ed. Forum, 2010, no Capítulo intitulado “*A Irrupção do Legislador Francês*”.

⁵⁵ *A Justiça Administrativa no Brasil...*, p. 12.

⁵⁶ As linhas gerais da exposição subsequente podem se baseiam na obra: RIVERO, Jean, *Direito Administrativo*, 1981, Coimbra, Almedina, pp. 233-237 – A. História, Seção III – Os tribunais administrativos.

Então, os Conselhos de Prefeitura tornam-se *tribunais administrativos*, aos quais se atribuem competências de direito comum. Passam a ser juizes ordinários em matéria administrativa. Consolidam-se como órgãos independentes das Prefeituras. A motivação dessa reforma foi desonerar a carga cada vez maior de casos do Conselho de Estado, que passaria a deter ordinariamente competência recursal. Atualmente existem 42 tribunais administrativos, designados pelo nome da cidade em que se situam.

Com relação à hierarquia, o pessoal dos tribunais administrativos depende, assim como os antigos conselhos de prefeitura, do Ministro do Interior, mas também do Ministério da Justiça. Isso poderia comprometer a sua independência. Não obstante isso, porém, está submetido não somente à inspeção do Conselho de Estado como também fluxo de servidores com este. Os conselheiros de segunda classe, antes de assumir suas funções nos tribunais, fazem estágio no Conselho de Estado. E pessoal deste pode ser destacado para servir nos tribunais.

Em 1962/63, sobrevém crise entre o Conselho de Estado e o Chefe de Estado (General de Gaulle), do qual resultam reformas no Conselho.⁵⁷

Na altura de meados da década de 1980, novamente o Conselho de Estado encontra-se sobrecarregado. Para resolver a situação, em 1987, criam-se as *Cortes Administrativas de Apelação*⁵⁸. O Conselho de Estado poderia se concentrar mais sobre questões de direito, ao passo que as matérias de fato seriam atendidas nas instâncias inferiores (TA e CAA).

A lei de 08 de fevereiro de 1995 traz modificação paradigmática. Aqui, a reforma decisiva que confere à jurisdição administrativa *o poder de dar cumprimento a suas decisões podendo obrigar a tal a Administração*. De certa forma, com esta reforma foi rompido o dogma da separação de poderes segundo o qual as decisões do juiz administrativo teriam apenas efeito declaratório e não poderiam adentrar na determinação dos atos administrativos.

De sua parte, lei de 30 de junho abre a possibilidade para o manejo de cautelares.

As reformas havidas no final do século XX e início do século XXI mexeram nos próprios fundamentos seculares do contencioso administrativo e acabou desfazendo alguns mitos. As reformas em prol de maior efetividade atenderam não somente a reclamos de senso comum que não entendiam a complacência da jurisdição administrativa para com o descumprimento de suas decisões por parte da Administração, mas também acolhendo entendimento da Corte Européia de Direitos Humanos que reconheceu o “direito a uma tutela judicial efetiva” inclusive no campo da Justiça Administrativa.

O legislador pôde então consolidar todos esses avanços, quando em 2001, edita Código de

⁵⁷ Sobre o caso, conferir *Arrêt Canal*: <http://www.conseil-etat.fr/fr/presentation-des-grands-arrets/19-octobre-1962-canal-robin-et-godot.html> (acesso em 24/11/2013).

⁵⁸ Atualmente, além dos 42 tribunais administrativos existem, 08 cortes administrativas de apelação (Fonte: <http://www.conseil-etat.fr/fr/tribunaux-et-cours/>).

Justiça Administrativa, onde mais uma vez se manifesta o gênio codificador dos franceses, iniciado que fora por Napoleão, seguindo-se os princípios postos pela sua Revolução.

Sobre a importante questão da chefia do órgão em França, manifesta-se GAZIER:⁵⁹

Acha-se o Conselho de Estado, em princípio sob a presidência do Chefe de Governo, Presidente do Conselho de Ministros; e, na sua ausência, do Ministro da Justiça. Na realidade, trata-se de subordinação teórica. Somente por ocasião das sessões solenes, que se realizam uma ou duas vezes por ano, aquelas altas autoridades chegam a exercer a presidência. O verdadeiro chefe do Conselho de Estado – o **Vice-Presidente** – é seu maior dignitário (sem destaques no original).

O quadro de funcionários do Conselho de Estado possui carreira independente, os quais são previstos em cargos desde início até o fim da carreira. Dessa forma, os servidores do órgão compõem os quadros do funcionalismo público integrados em uma Administração independente, profissional e consciente de si. Essa evolução já estava anunciada com a autonomia do poder governamental no século XIX.⁶⁰

A diferença entre o modelo francês e alemão reside em diferença quanto ao objetivo imediato a que se dirige: no caso francês o juiz administrativo dirige-se diretamente à defesa da legalidade administrativa e por isso é chamado de modelo objetivista, ao passo que no caso alemão, busca-se imediatamente a proteção do direito subjetivo, pelo que pode ser designado por subjetivista. Portugal segue o modelo alemão. As diferenças, no entanto, vêm sendo relativizadas já que recentes reformas no modelo francês trazem mecanismos de defesa de direitos subjetivos, aproximando-o do modelo alemão⁶¹.

Não deixa de ser significativo que o *locus* de criação do Direito Administrativo tenha se dado em primeiro lugar na história no interior de um órgão situado dentro da Administração. (Dada a premissa de que o Direito Administrativo é a criação francesa e jurisprudencial). Mesmo no caso da Alemanha em que, a modulação científica de que fala Enterría tenha ocorrido nas Academias, por obra de Professores, esta colaboração tedesca não teria acontecido sem o papel de vanguarda do *Conseil d'État*, pelo menos não teria acontecido com o mesmo nível de segurança e sistematicidade. Os professores alemães se valeram do aporte francês.

E esta posição do Conselho Francês, que além de estar no Executivo sempre esteve bem integrado no corpo de servidores e estadistas não é dado irrelevante na minha opinião para a criação do Direito Administrativo. É necessário ao juiz administrativo esta ponte entre o direito e a política, já que este deve ter em vista os interesses da comunhão universal.

Nessa fase, havia uma concepção dos fins do Estado, de um Estado liberal e constitucional.

⁵⁹ GAZIER, François, *Conselho de Estado Francês*, p. 10. No mesmo sentido RIVERO, Jean, *Direito Administrativo*, p.

⁶⁰ Sobre o tema, conferir SOUZA JUNIOR... *Tribunal constitucional...*, p. 69.

⁶¹ ENTERRÍA, Eduardo Garcia de, *Transformações da Justiça Administrativa...*, pp. 92-103.

Para os padrões atuais, de um Estado Social altamente burocratizado, onde alguns têm inclusive a pretensão megalomaniaca de garantir um direito à felicidade – promessa insana e, ademais impossível –, o Estado Liberal Clássico era um Estado com fins muito limitados. Visava-se ao desenvolvimento das condições mínimas do chamado bem comum.

É preciso dizer que o quadro institucional e de valores que balizava e orientava o Estado francês, assim como o brasileiro no século XIX era aquele do constitucionalismo liberal. E, na história de desenvolvimento dos Estados, o Brasil oitocentista inseria-se no modelo do chamado Estado Liberal Clássico, o qual viria a ser sucedido, somente no início do século XX, pelo Estado Social⁶².

Necessário assentar antes de se iniciar a análise do contencioso administrativo do Império brasileiro que, no estado em que se encontram as discussões e pesquisas sobre o tema e do estado de evolução a que chegaram o contencioso administrativo francês e modelos que o seguiram, desenvolveram e aprofundaram, *não é possível contestar mais a perfeita compatibilidade entre o instituto do contencioso administrativo e o Estado de Direito*.

2.2. O Conselho de Estado no Brasil-Império

2.2.1. Antecedentes Históricos

A luta unidade versus dualidade de jurisdição. Antecedentes do contencioso fiscal.

Ao tradicional contencioso fiscal de Pombal vieram a se unir causas políticas da mais alta importância. Seria necessário, após os traumas da Regência, um novo princípio de centralização política – administrativa (contencioso administrativo), de forma a alcançar maior eficácia dos órgãos administrativos. Era preciso fazer frente às dificuldades de administrar um vastíssimo território.

O Brasil pré-republicano em linhas gerais conheceu quatro fases (experiências) no que se refere a modelos de jurisdição. A maior parte desses modelos foi motivada pela necessidade de proteção dos interesses da Fazenda Pública relacionados com a dívida pública⁶³.

⁶² BONAVIDES, Paulo, *Do estado liberal ao estado social*, Ed. Malheiros, 6ª ed. 1996, *passim*.

⁶³ MASAGÃO, Mário, *Curso de Direito Administrativo*, p. 313. Em sentido semelhante, RUY CIRNE LIMA fala de um fiscalismo próprio da Administração da época: “Possível que fosse, porém, discriminar-se a atividade administrativa dessa época, como atividade distinta, dever-se-ia caracterizá-la por esse traço peculiaríssimo: o fiscalismo, quer dizer, a subordinação da autoridade pública aos interesses fiscais ou privados do Estado (*Princípios de Direito Administrativo*, p. 61).

1500-1761. Jurisdição Una
1761-1822. Jurisdição Dúplice.
1822-1841. Jurisdição Una.
1841-1889. Jurisdição Dúplice.

Na fase da concentração de poderes, em que o rei era considerado o chefe supremo do poder judiciário, havia análise judicial, embora o soberano pudesse avocar quaisquer questões a fim de lhe dar a decisão final.

A administração de Portugal, durante o período anterior a 1822, principalmente a partir da intervenção do Marquês de Pombal, reforçou a sua própria tradição de contencioso administrativo.

Em 1761, Marquês de Pombal criou órgãos importantes para racionalizar especialmente a área do contencioso fiscal. Com a Lei de 22/02/1761, criou o Tesouro Real, o Erário Real e o Conselho da Fazenda, trazendo para dentro do Poder Executivo essa análise do contencioso administrativo fiscal. O Poder Judicial, mais ou menos no mesmo período, passava a ganhar cada vez mais importância.

Nessa fase, então, o país conviveu com esta estrutura de dualidade de jurisdição bastante visível, com relação às questões fiscais, setor em que autoridade do Executivo foi sendo cada vez mais reforçada até 1822.

Após esta data, o movimento do constitucionalismo liberal e a imensa força da Revolução Francesa impuseram ao Ocidente o modelo dogmático de separação de poderes que fora adotado em França. O Brasil não fugiu à regra. O poder judicial ganha em independência e se tenta um retorno à unidade de jurisdição. Dessa forma, entre 1822 e 1842 – atravessando, portanto, toda a fase da Regência –, passou-se a um movimento contrário no sentido de se atribuir ao poder judicial competências para julgamento de vários temas, tanto do contencioso fiscal, quanto do contencioso administrativo em geral.

Essa tendência foi generalizada no Parlamento após a Independência. Foram sendo promulgadas várias leis com o objetivo de se extinguir todos os órgãos do contencioso administrativo.

O contencioso administrativo foi progressiva e rapidamente sendo erodido. Extinguiram as Mesas de Inspeção do Açúcar, Tabaco e Algodão (lei de 5 de novembro de 1827); o Tribunal da Bula da Cruzada (lei de 20 de setembro de 1828); as Mesas do Desembargo do Paço e da Consciência e Ordens (lei de 22 de setembro de 1828); as jurisdições do Provedor Mor da Saúde, do Físico Mor da Saúde, do Físico Mor e do Cirurgião Mor do Império (lei de 30 de agosto de 1828); as jurisdições das Câmaras Municipais (lei de 1º de outubro de 1828); com o Juiz do Almotacé (Resolução da Assembléia de 26 de agosto de 1830); o Juízo da Conservatoria dos Moedeiros

(Resolução da Assembléia, de 7 de agosto de 1830), e, por último, o Erário e o Conselho da Fazenda (lei de 4 de outubro de 1831). A jurisdição, em tese, seria una novamente.

O Poder Executivo resistiu a esse movimento, mantendo algumas atribuições. Nessa época havia uma diferenciação das questões propriamente contenciosas em contraposição àquelas ditas graciosas, que dependiam da vontade do Executivo. Aqui está a origem da duplicidade de apreciação das questões do contencioso fiscal. Desde esse período esta duplicidade passou a gerar problemas, pois muitas das decisões do Poder Judiciário conflitavam com as linhas administrativas do Governo, senão com o próprio contencioso administrativo residual que nunca foi completamente extinto, o que seria impossível.

Durante esse período, diversas decisões judiciais passaram a condenar a Administração, o que acarretou prejuízos ao Estado. As execuções judiciais foram tão gravosas para a Administração que a Assembléia Geral resolveu aplicar o Art. 31 do Ato Adicional, que requeria autorização da Assembléia Geral para se liquidar dívidas da Fazenda Pública em fatos resultantes de guerra, contra todos os tribunais judiciais.⁶⁴

Após esse breve período de conflitos e desajustes entre o judiciário e o executivo, os quais, ao fim e ao cabo, comprometiam a própria estrutura do Estado, o Brasil retomaria novamente a sua forte experiência e tradição de contencioso administrativo.

Todavia, os ventos liberalizantes não se fizeram sentir somente na esfera do poder judiciário. O país havia passado por uma série de reformas políticas bastante importantes, das quais resultaram muitas liberdades às localidades. Tentou-se um *municipalismo*, seguindo-se não somente a tradição portuguesa, mas também a via inglesa, através do Código de Processo Criminal, que previa uma série de cargos eletivos locais. Da mesma forma, realizou-se uma experiência tendente a um *provincialismo*, numa tentativa de copiar o federalismo dos americanos, ocasião em que foram conferidas às Províncias inúmeras autonomias, inclusive competências legislativas. Para tanto, o Ato Adicional de 1834 criara as Assembléias Legislativas Provinciais. Essas experiências de *self government*, no entanto, resultaram num *enfraquecimento da Administração Pública*.⁶⁵

A crise da Abdicação de D. Pedro I já tinha causado inúmeros problemas, o principal deles, a ausência do Imperador, símbolo maior da autoridade pública. O período Regencial, unindo as prerrogativas do Poder Executivo e do Poder Moderador na figura do Regente, eletivo e temporário, fez com que houvesse no país, durante o Império, um interregno de presidencialismo. O país rebentou em gravíssimas revoltas e revoluções, muitas das quais buscando a separação territorial da nação brasileira pura e simplesmente. A nação parecia caminhar inexoravelmente para o caminho trilhado pela América espanhola. Nesse momento, entra em cena a política do chamado

⁶⁴ ARAGÃO, J. Guilherme, *A Justiça Administrativa...*, p. 13.

⁶⁵ CIRNE LIMA, Ruy, *Princípios de Direito Administrativo*, p. 62.

REGRESSO, cujas medidas visavam, em última instância, promover o resgate da autoridade, da lei e ordem.

A política do Regresso, obra de políticos conservadores, inicia uma série de medidas no sentido de reverter em parte muitos dos caminhos liberais. Para isso, meditou-se sobre possíveis soluções para o problema. É nesse momento que surge, então, o Conselho de Estado na sua formatação definitiva. Dentre essas medidas, a Lei de Interpretação do Ato Adicional merece destaque. Outra, a reintrodução do Conselho de Estado, que fora extinto justamente pelo Ato Adicional (art. 32). Desta feita, porém, o Conselho ganharia um novo e fundamental componente: o *contencioso administrativo*, além de outras funções como as de consultoria ao Poder Executivo, mantida a função tradicional de órgão assessor do Poder Moderador.

A nova geração de políticos, verdadeiros estadistas, foi buscar no exemplo francês o grande modelo para um Conselho de Estado Administrativo.

O Conselho de Estado, em sua forma original, ibérica, era, no entanto, órgão eminentemente político.

2.2.2. Poder Moderador

Teoria político-constitucional do Império.

De acordo com a teoria política e constitucional do Império brasileiro, tal como previsto na Constituição, existiam dois representantes da soberania nacional: o primeiro representante era o Poder Moderador, que era atribuído privativamente ao Imperador; o segundo representante era a Assembleia Geral como representante da cidadania. Porém, a pessoa do Imperador exercia também a chefia do Poder Executivo.

O Imperador atuava, pois, na cúpula dos poderes, onde ocupava o Poder Moderador⁶⁶ – sendo a sua posição por excelência, enquanto Chefe de Estado –, porém o Imperador, ainda, exercia alguma atividade no Poder Executivo, sendo também o chefe deste Poder, o qual exercia, por meio dos seus ministros. Essa duplicidade de atuação permitia ao Imperador o melhor desempenho da sua função de fiscal e controle, bem como na manutenção do equilíbrio, harmonia e independência dos demais poderes, embora sem exercer uma papel ativo no Poder Executivo.

⁶⁶ Art. 98. O Poder Moderador é a chave de toda a organização Política, e é delegado privativamente ao Imperador, como Chefe Supremo da Nação, e seu Primeiro Representante, para que incessantemente vele sobre a manutenção da Independência, equilíbrio, e harmonia dos mais Poderes Políticos.

Art. 99. A Pessoa do Imperador é inviolável, e Sagrada: Elle não está sujeito a responsabilidade alguma. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao24.htm> (Acesso em 26/03/2013).

Todavia, essa polivalência ou ambiguidade da posição constitucional do Imperador deu munção e bastante margem para os críticos do Imperador, que se focavam na possibilidade teórica de eventuais excessos que tal posição poderia gerar.

Da Falsa Ideia Sobre o Poder Moderador.

O Poder Moderador é muitíssimo estudado, pouco compreendido. Aqui campeiam as maiores incompreensões e mal-entendidos. Com base nisso e em preconceitos, muitos hoje fazem coro aos críticos do Poder Moderador ainda do tempo do Império. Nesse sentido, mencionam esse Poder para sustentar a visão de que o Império era um regime absolutista. Segundo essa visão, o Moderador não passava de um poder pessoal conferido ao Imperador e que ele reinava absolutamente. Nada mais longe da verdade histórica. Essa visão negativa, como se verá, é completamente equivocada. Não foi assim que as coisas se passaram, nem era esta a organização política do Império.

O Poder Moderador, na verdade, foi criado e desenvolvido ao longo das idéias políticas do Ocidente. O pensador político que inventou e que foi o responsável pelo desenvolvimento do Poder Moderador, na história das instituições, foi o suíço-francês *Benjamin Constant*. Ele concebeu e discorreu sobre o poder moderador ou *poder real*, ou *neutro*. Constant muitas vezes se referia a este poder como o poder remanescente. Trata-se de um poder imparcial. Ele descobriu que o Poder Moderador, que na verdade, hoje podemos dizer que é o poder da chefia de Estado, é o responsável pela harmonia política e o equilíbrio entre os demais poderes⁶⁷.

Nesse contexto, insere-se como uma etapa da evolução da divisão de poderes e especialização de funções. Com a Constituição de 1824, o Brasil saltaria direto da fase da concentração de poderes para a tetrapartição de poderes.

O Poder Moderador, de acordo com art. 98 da Constituição do Império, é a chave da organização política. Este poder paira sobre os outros três poderes e é responsável justamente pelo equilíbrio e pela harmonia dos demais poderes. A pedra de toque do sistema constitucional.

Essa função de preeminência precisava ser resguardada com o máximo zelo. Do contrário, todo o edifício político e constitucional correria o risco de entrar em colapso. Não é por outra razão que o art. 99 da Constituição imperial dispunha que "*A Pessoa do Imperador é inviolável, e Sagrada: Elle não está sujeito a responsabilidade alguma*".

Trata-se, pois, de um poder imparcial, um poder neutro, um poder de controle. O Poder Moderador não é um poder ativo, mas um poder negativo, em razão de sua função ser

⁶⁷ SOUZA JUNIOR, Cezar Saldanha. *O Tribunal Constitucional como Poder*, p. 75-79.

eminentemente de controle. Os poderes ativos são os três poderes clássicos. É por esses poderes que o governante governa e administra dentro do Poder Executivo, faz as leis dentro do Poder Legislativo e aplica as leis nos casos litigiosos concretos no Poder Judiciário.

Assim, pode-se dizer que no Império, existiu um governo não do Imperador, ou, pelo menos não somente dele ou através dele. O Império, mormente a partir dos desenvolvimentos ocorridos no Segundo Reinado, teve um governo parlamentarista⁶⁸ e quem governava não era o Imperador, quem governava era o gabinete dos Ministros e apesar de o Imperador nominalmente, na Constituição, ser detentor e ocupar a chefia do Poder Executivo, ele não governava. Ele era apenas o chefe do Poder Executivo. E ele exercia o Poder Executivo por meio dos seus ministros, os quais efetivamente governavam. Ao mesmo tempo, ocupava a função que lhe era própria, que era do Poder Moderador. Aí o Imperador estava realmente no seu terreno.

Durante o Império, muito foi escrito⁶⁹ sobre a natureza do poder real, o qual foi objeto, inclusive, de inúmeras polêmicas entre juristas de alto nível. Os grandes e notáveis autores do período buscavam esclarecer e detalhar melhor especialmente a natureza desse poder neutro, bem como a posição que ele ocupava com relação aos demais poderes, segundo os marcos traçados pela Constituição do Império.

Em se tratando de Poder Moderador, ninguém melhor que PIMENTA BUENO, o mais ilustre comentarista da Constituição do Império, para resumir a doutrina do período quanto ao Poder Moderador, explicitando o conteúdo da definição constitucional contida no art. 98⁷⁰:

O Poder Moderador, cuja natureza a Constituição esclarece em seu art. 98, é a suprema inspeção da nação, é o alto direito que ela tem, e que não pode exercer por si mesma, de examinar o como os diversos poderes políticos, que ela criou e confiou a seus mandatários, são exercidos. É a faculdade que ela possui de fazer com que cada um deles se conserve em sua órbita, e concorra harmoniosamente com os outros para o fim social, o bem-ser nacional; é quem mantém seu equilíbrio; impede seus abusos, conserva-os na direção de sua alta missão; é o fim mais ativo, o mais influente, de todas as instituições fundamentais da nação.

Previsto como um poder situado na cúpula dos poderes e irresponsável, concebeu-se que o Conselho de Estado funcionaria como um anteparo à irresponsabilidade da Coroa. O Imperador

⁶⁸ O Decreto n.º 523, de 20 de julho de 1847, criou oficialmente a figura do Presidente do Conselho de Ministros. Com o Decreto, a função governamental foi separada da chefia de Estado. A evolução parlamentarista no Brasil foi paralela à evolução que estava ocorrendo na Inglaterra. (Cf. TORRES, João Camillo de Oliveira Torres, *Democracia Coroada*, p. 95-99).

⁶⁹ Ficou célebre, por exemplo, a respeito do tema, o debate que houve entre o Visconde do Uruguai e Zacarias de Goés e Vasconcelos. Para mais detalhes da discussão, ver OLIVEIRA, Cecília Helena Sales, *O Poder Moderador no Segundo Reinado*. Disponível em: www.tjrs.jus.br/.../poder...do_poder.../05_Cecilia_Salles.pdf. (acesso em 26/03/2013).

⁷⁰ PIMENTA BUENO, José Antônio. *Direito Público Brasileiro e Analyse da constituição do Império*. Rio de Janeiro: Typographia Imp. E Const. De J. Villeneuve E C., 1857, p. 204.

teria de se valer da ilustração e aconselhamento dos mais eminentes varões da pátria sempre que fosse exercer as atribuições do Poder Moderador.⁷¹

Como o Poder Executivo era separado do Poder Moderador, mesmo que os Ministros assinassem atos do Imperador nesta última qualidade, não seriam por eles responsáveis.

2.2.3. Fases do Conselho de Estado no Brasil

O Conselho de Estado brasileiro, assim como o francês, passou por inúmeros revezes históricos. Em relação ao histórico do Conselho de Estado, é sabido que o Brasil tinha este órgão que era assessor do Poder Moderador. Será tratado neste trabalho, além da parte histórica – origens da formação e evolução do órgão –, a parte teórica.

Se, na França, a imagem do Conselho de Estado está indelevelmente associada à justiça administrativa, no Brasil, falar em Conselho de Estado significa falar em Poder Moderador. O Brasil, antecipando às construções constitucionais mais avançadas da época, adotou o modelo da tetrapartição de poderes inspirado em Benjamin Constant.

Alguns historiadores mais recentemente se aperceberam da imensa importância do órgão e resolveram se debruçar nas fontes da época sobre o órgão. O mais interessante é que este estudo partiu dos historiadores. Tal foi o caso do ilustre historiador José Honório Rodrigues, pioneiro no assunto. Os juristas de certa forma continuaram na ignorância do assunto, perpetuando os equívocos dos ideólogos e doutrinadores da República, e, de certa forma, superpuseram essa imagem falsa do Conselho de Estado em suas análises sobre o direito e as instituições do período. Em especial, o Direito Administrativo de certa maneira insiste nessa visão distorcida e amputada do órgão e parece ainda não ter dado sinal de ter recebido o influxo das novas, aliás, já nem tão novas assim, pesquisas historiográficas.

José Honório Rodrigues publicou as atas do Conselho Pleno, político, de assessoria do chefe de Estado em todas as questões que dissessem com o exercício do Poder Moderador. Nesse trabalho, não houve uma clara diferenciação do Conselho Pleno e do Conselho Administrativo.

⁷¹ Na segura lição do *Visconde de São Vicente*, como princípio geral, nenhum ato de poder deve deixar de ter quem por ele se responsabilize. Nessa linha, sustentava que: “A sabedoria da constituição, ao tempo que reconhecia e consagrava a existência do poder moderador, reconhecia também que suas atribuições não devião, à exceção da 6ª, ser exercidas sem prévia audiência do conselho de estado, certamente ninguém duvidará que essa audiência necessaria era uma garantia, já para o melhor uso de tão importantes atribuições, já para neutralizar inspirações ministeriaes por ventura inconvenientes, e já enfim porque ella ligava-se com a responsabilidade dos conselheiros de estado” (*Op. Cit.*, p. 215). O Visconde do URUGUAI, em sentido semelhante, preleciona: “Se os atos do Poder Moderador não dependem para a sua validade e execução da referenda dos Ministros, (e não dependem, como em outro capítulo mostrei); a audiência do Conselho de Estado sobre os mesmos atos deveria ser obrigada, e não facultativa. Porquanto será então o Conselho de Estado o antemural que sempre cobrirá a Coroa, que deve estar sempre coberta, como a cobria sempre a Constituição, como a cobre sempre o Conselho de Estado em Portugal. É do maior interesse da Nação, e não só da Coroa, que esta esteja sempre coberta” (*Ensaio...*, p. 187).

No entanto, a partir desse estudo, foram fixados alguns marcos e se identificou que o Brasil não teve um Conselho de Estado, mas pode se dizer que o Brasil teve três, ou ainda poderia se dizer que ele passou por três fases.

O Conselho de Estado, no Brasil, surge com a Constituição de 1824, dentro da tradição portuguesa na qual sempre houve, desde tempos mais remotos, um corpo de conselheiros auxiliar do governante, mesmo antes que o homólogo francês, ou mesmo o espanhol, em especial o primeiro, universalizasse o órgão como um definidor do sistema juspolítico.

Sem embargo da precedência desses modelos no Ocidente nos moldes em que foram desenvolvidos, o fato é que desde de tempos imemoriais, o governante sempre se valeu de aconselhamento em suas ações políticas e administrativas.

Ao longo da história houve uma diferenciação e uma especificação a respeito dos tipos de aconselhamento e de outras funções que pudessem ser conferidas ao rei pelo corpo de sábios.

O Brasil, continuador da tradição Ibérica, herdou muitas das instituições que foram transmitidas naturalmente por Portugal, o qual sempre teve uma tradição de possuir um poder executivo muito forte.

Num primeiro momento de sua existência, o Conselho de Estado que o Brasil herdou, tal como o português, foi bastante marcado pelo Conselho espanhol, originalmente dentro de uma linha de aconselhamento político do chefe do Poder Executivo. Com o desmembramento e progressiva diferenciação de funções de dentro do *Poder Executivo Original*⁷², os favores dos sábios foram conferidos ao chefe de Estado.

No Brasil, retoma-se esta tradição com o primeiro Conselho Estado que foi o Conselho dos Procuradores Gerais das Províncias (1821-23). Esse Conselho desempenhou o papel de representante das províncias, além de auxiliar o Imperador D. Pedro I. Esse Conselho se encerra com a instalação da Assembléia Geral Constituinte em 1823, pois já havia cumprido o seu papel⁷³.

O segundo Conselho de Estado teve início com nomeação pelo Imperador de conselheiros com o objetivo de redigir a Constituição do Império. Esta, por sua vez, previu expressamente, nos artigos 137 a 144, a existência do Conselho de Estado como órgão de assessoria do Poder Moderador.

⁷² Para uma excelente exposição da evolução dos poderes políticos no Ocidente, é indispensável a obra citada *O Tribunal Constitucional Como Poder*, do professor Cezar Saldanha Souza Júnior. A despeito da clareza, solidez e do caráter extremamente didático, a obra parece não ter merecido a devida reflexão nem ter sido minimamente absorvida pelos *experts* do Direito Público.

⁷³ Cf. LYNCH, Christian, *A Idéia de um Conselho de Estado Brasileiro: uma abordagem histórico-constitucional*. Revista de Informação Legislativa, Brasília, v. 42, n.168, p. 45-64, 2005. Neste órgão, na linha de João Camillo de Oliveira Torres (em *Formação do Federalismo no Brasil, passim*), que D. Pedro I parece ter colhido o apoio das Províncias para fazer a Independência, razão pela qual eu arriscaria chamá-lo, na linha de outro trabalho que escrevi a respeito, de Conselho da Federação.

Coincidiu com o amparo constitucional do Conselho de Estado, que o país enfrentava ainda o problema não solucionado da unidade de jurisdição que gerava por sua vez duplicidade de apreciação das questões do contencioso fiscal e desarmonia de decisões e orientações entre a esfera judicial e administrativa.

Em 1834, com o Ato Adicional, a primeira e única reforma da Constituição do Império, determinou-se a extinção do Conselho de Estado.

Havia dois partidos importantes na época e bem caracterizados ideologicamente que representavam a opinião política, o Partido Liberal e o Partido Conservador. Os liberais sempre tiveram em linha de conta, o que fazia parte do seu programa e estava diuturnamente presente em suas críticas, a extinção do Poder Moderador. Por via reflexa, o Conselho de Estado também era atingido. Com o Ato Adicional de 1834, os liberais alcançaram um dos seus objetivos, além de outras reformas que conferiram inúmeras autonomias e competências às províncias⁷⁴.

Existiram, no Brasil, então, três fases do Conselho de Estado. Cada uma destas fases apresentou características marcadamente distintas.

Havia também, afora os conselheiros e os conselheiros de Estado, os conselheiros dos conselhos gerais das províncias, eleitos por tempo determinado. Sua duração foi limitada, porque os conselhos gerais foram extintos pelo Ato Adicional de 12 de agosto de 1834 e transformados em Assembléias Legislativas Provinciais.⁷⁵

O Decreto de 16 de fevereiro, obra de José Bonifácio, afirma que o Príncipe anuíra aos votos e desejos dos habitantes do Rio, de São Paulo e de Minas Gerais, pedindo que ficasse na Regência do Reino, a fim de que este não ficasse:

(...) sem um centro de união e de força, exposto aos males da anarquia e da guerra civil. E desejando Eu, para utilidade geral do Reino-Unido e particular do bom Povo do Brasil, ir de antemão dispondo e ameigando o sistema constitucional que ele merece, e eu jurei dar-lhe, formando já um centro de meios e fins, como que melhor se sustente e defenda a integridade e liberdade deste fertilíssimo país... mandava “convocar um Conselho de Procuradores Gerais das Províncias do Brasil, que as representem interinamente nomeando aquelas que têm até quatro Deputados em Cortes, um, as que tem de quatro até oito, dois, e as outras daqui para cima, três.”⁷⁶

⁷⁴ Para esses novos assuntos que também vêm sendo desbravados pela moderna historiografia nacional, especialmente sobre as origens do federalismo no Brasil ao tempo do Império, ver DOLHNIKOFF, Miriam. *O Pacto Imperial – Origens do federalismo no Brasil do século XIX*. São Paulo: Globo, 2005.

⁷⁵ LYNCH, Christian. *A Idéia de um Conselho de Estado Brasileiro: uma abordagem histórico-constitucional*. Revista de Informação Legislativa, Brasília, v. 42, n.168, p. 45-64, 2005.

⁷⁶ Trechos extraídos da obra de RODRIGUES, José Honório (Coordenador). *Atas do Conselho de Estado: obra comemorativa do sesquicentenário da Instituição Parlamentar*, v. 1. Brasília: Senado Federal, 1973. Do mesmo autor v. ainda a obra “*Conselho de Estado: Quinto Poder?*”.

O chamado terceiro Conselho de Estado, sem perder as características e atribuições clássicas do anterior, ou seja, a de órgão consultivo do Poder Moderador, *criou a figura do contencioso administrativo*, bem como outras funções que serão abordadas na sequência, momento em que conscientemente se aproximou da tradição francesa. Além disso, baseado nas competências provinciais previstas no Ato Adicional, passou a exercer atividade de controle de constitucionalidade⁷⁷. Nesse novo quadro, analisava anualmente as leis provinciais para verificar se não haviam exorbitado da sua esfera de competências.

Esquemáticamente, assim podem ser resumidas as três fases principais por que passou o Conselho de Estado no Brasil:

1º Conselho de Procuradores Gerais – 1822-23

– O Conselho da Federação. Base legal: Decreto de 16/02/1822 (José Bonifácio)

2º Conselho de Estado – 1824-34

–Elaborou a Constituição do Império
–Foi extinto pelo Ato Adicional de 1834⁷⁸

3º Conselho de Estado – 1841-89

–Conselho de Estado da Justiça Administrativa. Base legal: Conselho de Estado foi restaurado pela *Lei n.º 234* de 23 de novembro de 1841 e *Regimento n.º 124* de 05/02/1842⁷⁹.
–Realizava controle de constitucionalidade, inclusive verificando-se os limites das competências legislativas das Províncias.

Com a reinstalação do órgão, em 1841, houve como que uma superposição de funções, que poderia gerar confusões não só aos intérpretes da época, mas também a qualquer estudioso que se ponha a estudar as instituições do período, especialmente no rico quadro institucional de então. Como havia, além dos três poderes clássicos, a previsão de um quarto poder, a questão tornava-se mais complexa. Isso porque, como se irá sustentar, o Conselho de Estado transitava pelos diversos níveis das funções estatais, ora desempenhando funções no âmbito de competência de um poder, ora de outro. Mais ainda, buscar-se-á demonstrar como havia consciência dessa diversidade de funções e dos diversos planos de atuação do Conselho, até porque isso estava relacionada com essa originalidade do Brasil – um Poder Moderador previsto e operante em pleno século XIX.

O Poder Moderador sem o Conselho de Estado não fazia nenhum sentido, já que, nesse caso, ficaria completamente esvaziado sem o órgão que realizava a chamada “cobertura da Coroa”.

⁷⁷ LIMA LOPES, José Reinaldo. *O Oráculo de Delfos*, São Paulo: Saraiva, 2010, p.198-205.

⁷⁸ De acordo com o artigo 32 da reforma: “Fica suprimido o Conselho de Estado de que trata o título 5º, capítulo 7º da Constituição”.

⁷⁹ Anexos 1 e 2 da presente obra.

Somente com essa retaguarda, o Imperador poderia, com independência e neutralidade, desempenhar todas as suas funções de inspeção política requeridas pela posição suprema da chefia de Estado.

Antes de passar para uma análise um pouco mais detalhada do contencioso no Império, uma pequena observação sobre outra possível analogia no comparativo Brasil-França digna de reflexão. No período da Regência no Brasil, verifica-se uma clara oposição entre o poder geral e o poder local. Seria preciso dar uma solução adequada em prol do princípio da unidade. Em ambos os casos, em situações e momentos históricos diversos, o Conselho de Estado pôde ser utilizado como mecanismo de centralização. Num caso, fora utilizado para aumentar a centralização de uma monarquia poderosíssima, em certa medida contra as autonomias titularizadas pela nobreza local. No caso brasileiro, havia uma clara ameaça de desintegração como se sabe. Nessa linha talvez é que foi imaginado, entre nós, o controle da atividade discricionária dos agentes políticos e administrativos de todos os escalões, que poderia ser realizada no Conselho de Estado através de algum controle dos atos administrativos (de modo a refrear os excessos quando fosse necessário).

Capítulo III. Terceiro Conselho de Estado no Brasil-Império

Após a abdicação de D. Pedro I e com a entrada na fase regencial, com inúmeras revoltas e revoluções nas províncias, acabou gerando uma necessária reação do Partido Conservador com finalidade de manter a ordem e a integridade do Império⁸⁰.

A situação viu-se agravada pela reforma constitucional de 1834. O Ato Adicional de 1834 havia concedido inúmeras autonomias às províncias. Essa reforma constitucional praticamente instalou no Brasil uma Federação⁸¹. A descentralização político-administrativa, as novas autonomias legislativas acabaram mostrando a face obscura da liberdade.

O Ato Adicional previu também a supressão do Conselho de Estado. E, como foi dito, o Poder Moderador sem o Conselho de Estado ficou esvaziado. Durante algum tempo, portanto, o poder neutro não contou com o seu órgão de assessoramento.

Houve muitas crises políticas no Império. O cenário crítico ideal se viu reforçado com a abdicação de D. Pedro I. O Brasil entraria na fase conhecida como período Regencial, quando o país foi conduzido por governos provisórios. Foi assim até que o sucessor natural de D. Pedro I atingiu a maioria. Durante esta fase, estouraram inúmeras revoltas e Revoluções. A nação encarou com apreensão o fantasma da anarquia e o perigo real da desagregação nacional. Uma das razões para isso é que o país havia perdido a pessoa que representava o órgão da unidade nacional.

Resolveu-se, então, antecipar a Maioridade do Imperador. D. Pedro II chegava ao poder, por obra dos estadistas do Império. A elite política resolveu tirar a máquina administrativa e estatal à limpo. O Estado brasileiro precisava se modernizar e realmente colocar em prática as suas instituições. Os estadistas viram que faltava algo: era preciso reintroduzir o Conselho de Estado.

Foi por meio de uma lei ordinária que, em 1841, reinstituíu-se o Conselho de Estado, desta vez com a configuração que vai caracterizar definitivamente o órgão. A fase da Restauração francesa influenciou bastante os juristas e políticos do período⁸². Os juristas brasileiros conheciam

⁸⁰ Esta fase do Império deve ser considerada uma das fases mais importantes não só do Império, mas de toda a história do Brasil. As lideranças que surgem nesse período são figuras realmente notáveis. As conquistas do período foram bastante essenciais e duradouras.

⁸¹ Sobre isto conferir meu trabalho “*A Federação e o Império: uma análise da Forma de Estado no Brasil-Império*” (Correa de Melo, José, 2006, *monografia*, Biblioteca da Faculdade de Direito UFRGS). O trabalho pode ser encontrado na coletânea de estudos sobre o federalismo: *Estudos Sobre o Federalismo*. Porto Alegre: Ed. Doravante, 2007 (organização de SOUZA JUNIOR, Cezar Saldanha, e ÁVILA, Marta).

⁸² Como bem ressalta o professor José Reinaldo: “A restauração deu, a meu ver, o ambiente em que o constitucionalismo brasileiro se afirmou e desenvolveu, e nele a ideia de Benjamin Constant foi marcante, como solução possível à instabilidade plebiscitária que um modelo mais exclusivamente majoritário poderia provocar.” (*Oráculo de Delfos*, p. 137).

muito bem a doutrina estrangeira, sendo bastante frequentes as citações de inúmeros autores franceses. O maior administrativista do Império, que foi Visconde do URUGUAI era, ele próprio, nascido na França. O direito público francês era presença constante e obrigatória nas decisões do Conselho de Estado⁸³.

É justamente nessa fase que começa a ganhar forma um verdadeiro corpo de Direito Administrativo, a partir da jurisprudência do Conselho de Estado francês. O fato é que os estadistas brasileiros do período optaram por integrar essa influência do Conselho de Estado francês.

3.1. Projeto(s) de Conselho de Estado

Desde pelo menos o final da Regência Araújo Lima (1839), os conservadores já tinham planos de restabelecer um Conselho de Estado, a fim de servir o Imperador quando ele assumisse o trono. Os projetos e planos variavam.

A historiadora Lydia Magalhães Nunes Garner, em pesquisa nos papéis particulares do Imperador junto ao Arquivo Nacional, identificou a existência de pelo menos 2 projetos. Um projeto previa três Conselhos: um Conselho do Império e Relações Exteriores, um de Justiça e Fazenda e ainda um terceiro de Guerra e Marinha. Um segundo projeto fazia menção à criação de dois Conselhos: Conselho de Império, Justiça e Fazenda e outro de Guerra, Marinha e Relações Exteriores.⁸⁴

Este segundo projeto era o mais próximo do que afinal foi aprovado na lei de 1841. Tinha, no entanto, alguns dispositivos diferentes, que não foram contemplados na lei, como a previsão de que os conselhos seriam consultados em todos os negócios gerais e importantes dos ministérios a que serviam; que os ministros seriam responsáveis por todas as medidas que tomassem sem a oitiva do respectivo conselho; e também que os Conselhos iriam durar somente até o momento em que o Imperador atingisse a idade de 20 anos, podendo permanecer caso o Imperador assim decidisse. Digno de nota é o fato de que nenhum dos projetos distinguiu claramente entre um conselho político e administrativo.⁸⁵

Como ressaltou a prof^ª. Garner, o conteúdo dos projetos davam indícios de informações muito importantes para a compreensão do que os seus autores tinham em mente. Primeiramente,

⁸³ Cf. ARAGÃO, J. Guilherme de. *Justiça Administrativa no Brasil*. Cadernos de Administração Pública, n. 25. Rio de Janeiro: FGV, 1955.

⁸⁴ GARNER, Lydia Magalhães Nunes, *In Pursuit of Order: A Study in Brazillian Centralization, the Section of Empire of the Council of State – 1842-1889*, Ph.D., The John Hopkins University, 1988, p. 160.

⁸⁵ *Op. Cit*, p. 161.

pode se depreender que o modelo de Conselho de Estado francês não estava ainda claramente delineado. Segundo, projetou-se, inicialmente, Conselhos que não fossem subordinados ao Gabinete⁸⁶. Embora não se tenha mencionado nos projetos a vitaliciedade dos membros, era certo que os conservadores, devido ao clima político da Regência, queriam afastar a figura de Conselheiros temporários que mudasse a cada troca de ministérios.⁸⁷

Apesar de extinto o Conselho em 1834, manteve-se um certo grupo de juristas e homens públicos experimentados que conservavam ainda em torno da figura do menino Pedro, a defesa da unidade nacional e a esperança de um futuro mais promissor para o país. Esses estadistas representavam uma nova geração de juristas e políticos que estavam se formando no país da mesma linhagem do que veio a ficar conhecido como os *Construtores do Império*⁸⁸, reunidos sob a liderança de Bernardo Pereira de Vasconcelos.

Dom Pedro II, após assumir o trono, tomou parte na defesa do retorno do órgão de consulta. Defendeu, no Discurso do Trono, de 03 de maio de 1841, a instalação de um Conselho de Estado para dar resposta às consultas do Governo Imperial.⁸⁹

Discussão no Parlamento

As versões foram paulatinamente ganhando corpo e substância até que se consolidou um projeto já bem próximo da Lei de 1841.

Os liberais fizeram forte oposição ao projeto. Das tribunas das duas Casas Legislativas, os líderes do partido sustentaram, com eloquente retórica, que, tal como estava previsto no projeto, a nova configuração do Conselho de Estado iria inclusive alterar a forma de governo do país, que, de uma monarquia constitucional passaria a ser uma oligarquia, já que o Imperador ficaria refém dos Conselheiros. A consulta obrigatória ao Conselho, entendiam os críticos, transferiria o poder do Monarca à elite política que então estaria encastelada no órgão consultivo. As severas críticas levaram os proponentes do projeto a comprometerem-se em uma série de compromissos políticos, os quais poderiam inclusive arruinar a idéia inicial do projeto. Os pontos de discussão giraram em torno da *vitaliciedade*, *inamovibilidade* e *consulta obrigatória* ou *facultativa* ao Conselho de Estado⁹⁰.

⁸⁶ *Idem, ibidem.*

⁸⁷ GARNER coloca a questão nos seguintes termos: “*The Conservatives had a general idea of the type of advisory body they wanted, one that was permanent, that exercised administrative functions was not subordinated to the cabinet. But some of these premises were unpalatable to the Liberals.*” (*In Pursuit of Order...*, p. 162).

⁸⁸ Sobre o assunto ver obra de mesmo título de JOÃO CAMILLO DE OLIVEIRA TORRES, que narra algumas das importantes realizações do Partido Conservador durante o Império. (*Os Construtores do Império*).

⁸⁹ ARAGÃO, J. Guilherme, *Justiça Administrativa no Brasil*, p. 6.

⁹⁰ RODRIGUES reproduz em sua obra algumas das discussões parlamentares em torno da reintrodução do Conselho.

Resultou da discussão o compromisso da *facultatividade* da consulta ao Conselho em seus dois patamares – questões políticas e administrativas. De certa forma, o debate parlamentar rebaixou o nível da discussão, pois confundiu os níveis de atuação que seriam exercidos pelo novo Conselho de Estado⁹¹. Em todos os patamares das funções do órgão a oitiva seria meramente facultativa.

O Visconde do Uruguai salienta que, na nova formulação da lei, passaram a existir dois Conselhos, um político (poder moderador) e outro administrativo (poder executivo), demonstrando que o ideal seria que não se unissem os dois num mesmo órgão.

No Senado a discussão tratou em sua maior parte de questões relacionadas às atribuições do Poder Moderador (temas políticos), ao passo que as atribuições administrativas foram discutidas sem o devido cuidado.

Tendo-se claramente quais eram as funções políticas e administrativas, corria-se o risco de se misturar as questões. O Imperador, por exemplo, não deveria se preocupar com questões administrativas. Não só Poder Moderador e o Poder Executivo eram distintos e separados, como se tinha perfeita clareza das diversas funções reunidas neste último. Essa consciência era comum entre os publicistas da época.

Uruguai, por exemplo, traçava as divisões do Poder Executivo⁹²:

O Poder Executivo divide-se em poder executivo puro e em poder administrativo. O poder executivo puro também se denomina político e governamental. Daí a distinção entre govêrno e administração. Govêrno e governar referem-se ao poder executivo puro, político e governamental; e as palavras administração e administrar ao poder administrativo. (36)
O poder executivo puro, político ou governamental, isto é o govêrno, é exercido pelo Chefe do Poder Executivo e seus Ministros, direta e indiretamente. O poder administrativo, isto é, a administração, tem por órgãos uma série de agentes responsáveis e amovíveis. Esta divisão tende a determinar de um modo claro e exato a natureza do Poder Executivo, o modo e limites da sua ação.

A questão da constitucionalidade do órgão conciliar reiteradas vezes apareceu (*Conselho de Estado...*, p. 183). URUGUAI, sem meias palavras, resume toda a celeuma do debate parlamentar: “Foi isto sem dúvida devido ao constrangimento em que pôs os sustentadores da lei a celeuma que se levantou contra a coação em que o Conselho de Estado e a oligarquia iam pôr a Coroa e o Governo! Sucedeu o que sempre acontece. As meias concessões, consideradas como filhas da fraqueza e medo, produzem o mal que em si encerram, e não evitam aquele que por meio delas se procura evitar.”

⁹¹ URUGUAI demonstra em brilhante exposição como a discussão parlamentar demonstrou-se extremamente pobre em termos técnicos no tratamento da questão referente às diversas funções do novo Conselho: “A discussão da nossa lei do Conselho de Estado confundiu-as completamente, e por isso não dá uma luz suficiente. Os argumentos aplicáveis a uma hipótese eram nas conclusões aplicados a todas. A lei participa dessa confusão.” (*Ensaio ...*, p. 188).

⁹² *Ensaio...*, p. 53.

Da Constitucionalidade do Conselho de Estado.

Desde a reinstalação do Conselho em 1841, ocorreram inúmeras discussões sobre a inconstitucionalidade do órgão, já que o Conselho de Estado não tinha mais bases constitucionais, por ter sido criado por lei ordinária. Nessa linha, o Conselho recebeu inúmeras críticas. O Conselho de Estado, previsto constitucionalmente, fora extinto por meio do Ato Adicional, o qual reformou inúmeros dispositivos constitucionais. A oposição liberal defendia que o Conselho não poderia ter sido restabelecido por mera lei ordinária como tinha acontecido.

Ademais, a questão da constitucionalidade ou não da justiça administrativa sob a égide do Executivo era uma questão de interpretação constitucional. Uns seguiam a linha dos liberais de que não havia previsão na Constituição para que o Executivo desempenhasse funções jurisdicionais já que somente o Poder Judicial recebeu expressa regulação no Texto Maior. De outro lado, como visto quando tratado das fases do Conselho francês, a teoria da separação de poderes possibilitava uma construção que conferia o direito de o próprio Executivo julgar os casos suscitados em decorrência da atividade administrativa, sob o mesmíssimo fundamento da separação entre o Executivo e Judiciário.

As discussões sobre o novo Conselho de Estado só perdiam em atenção pública para os célebres debates em torno do Poder Moderador. Entretanto, eram temas correlatos e complementares como se irá verificar⁹³.

Regulamento n.º 124 de 05/02/1842

O Regulamento n.º 124, que regulamentou a lei 234 de 1841, trouxe toda a previsão do processo administrativo, a ser seguido nos casos de contencioso administrativo, além de dispor sobre diversas outras competências do novo Conselho que não estavam enunciadas na lei. Inicialmente previsto para regular provisoriamente a organização e funcionamento das Seções do Conselho, até que a experiência ditasse novos melhoramentos, este normativo acabou vigorando durante todo o período imperial⁹⁴, até ser extinto definitivamente pela República.

O Regimento do Conselho de Estado previu inúmeras e variadas funções como a do “art. 21. *Cada seção examinará as leis provinciais e todos os negócios, de que a encarregar o seu*

⁹³ GARNER, L. M. N., *A Justiça Administrativa...*, p. 172.

⁹⁴ GARNER, L. M. N., *A Justiça Administrativa...*, p. 161.

presidente”, o que significava verificar se as leis provinciais estavam de acordo com a Constituição imperial ou com as leis gerais, além do que, cada Seção em que foi dividida o Conselho passou a estar vinculada ao respectivo Ministro (Presidente), para a apreciação de quaisquer “negócios” que lhe fossem enviados.

A mais destacada novidade do Regulamento foi a criação, no seu *Capítulo III*, que tratou “*Dos Objetos Contenciosos*”, de um contencioso administrativo regular, com a descrição, num total de 27 artigos, de todo o processo administrativo para a institucionalização da justiça administrativa no Brasil, que estaria sob a jurisdição do Executivo. Os conselheiros passaram a desempenhar também funções jurisdicionais⁹⁵.

3.2. Funções do Novo Conselho de Estado

É necessário, antes de mais, tecer considerações sobre a organização, composição e funcionamento do novo órgão. O Conselho de Estado, a partir da sua lei de criação de 1841 e do Regimento 124/1842, passou a funcionar da seguinte maneira.

Havia doze (12) conselheiros ordinários, que geralmente eram juristas e políticos experimentados do regime, com grande experiência política e formação jurídica⁹⁶.

Muitos dos conselheiros eram ministros, senadores – e o cargo de senador na época era vitalício. O poder legislativo era formado pela Assembléia Geral dos deputados de onde saíam os Ministros que formariam o gabinete de ministros, que era a base do governo parlamentar. E havia o Senado, com seus membros vitalícios. Além disso, havia outros doze (12) conselheiros extraordinários⁹⁷.

Os conselheiros tinham uma série de prerrogativas, formas de tratamento, havia todo um cerimonial para os conselheiros de estado⁹⁸.

⁹⁵ *Idem, Ibidem.*

⁹⁶ Nunca é demais lembrar, com JOSÉ MURILO DE CARVALHO, que a classe política brasileira tinha uma *formação homogênea*, formação jurídica, pois a elite da época, regra geral, ia estudar Direito na Universidade de Coimbra (*Teatro das Sombras*). Dessa forma havia um apoio comum de valores e uma base comum para um consenso muito forte.

⁹⁷ Não obstante a previsão regimental quanto ao quantitativo de conselheiros, o fato é que durante o período de funcionamento do órgão na sua nova fase, os cargos jamais foram totalmente preenchidos.

⁹⁸ TORRES, João Camilo de Oliveira. *O Conselho de Estado*. São Paulo: Edições GRD, 1965. O mestre mineiro refere que o título mais prestigioso e honroso do Império era o título de conselheiro. Muitas pessoas importantes no regime e que não tinham esse título o invejavam. Joaquim Nabuco, que escreveu a biografia de seu pai, que era conselheiro de Estado, retratou o Conselho de Estado como o “cérebro da monarquia” e essa ideia é reforçada por João Camilo. Tudo passava pelo Conselho de Estado, tudo afluía ao Conselho de Estado. As decisões políticas e jurídicas lá eram tomadas. Leis eram criadas lá. Joaquim Nabuco pesquisou durante muito tempo nos arquivos de seu pai para escrever essa sua obra que se tornou clássica. Para quem quiser ter uma boa noção da política do período, o grande

O Imperador decidia se queria ouvir o Conselho reunido ou por meio de suas Seções. O Conselho reunido em sua integralidade era chamado de Conselho Pleno ou Político. Todavia, por expressa previsão no Regimento, e na prática, os Ministros – e o Ministro respectivo era quem presidia cada seção –, eram as autoridades que mais se valiam dos bons préstimos dos conselheiros em matérias administrativas e governamentais afetas à sua matéria.

As Seções eram quatro: Seção de Justiça e Estrangeiros, Seção do Império, Seção da Fazenda e Seção da Guerra. Cada uma das seções era composta por três (3) conselheiros e contavam obrigatoriamente com o assento do Ministro da matéria correspondente. Assim, a Seção de Justiça e Estrangeiros, por exemplo, contava com a presença obrigatória do Ministro da Justiça, o qual por sua vez formava o governo. Porém, nas decisões das seções, o Ministro titular daquela área não poderia votar nas sessões do Conselho. Poderia haver também reunião conjunta de mais de uma Seção.

Funções Estatais e a Retórica Clássica

Antes de prosseguir na análise das funções do novo Conselho, oportuna é relembrar ainda uma outra lição de Aristóteles, o qual é, aliás, o grande precursor das classificações das funções políticas. Sobre o tema, cabe uma citação do Estagirita sobre as diversas espécies de retórica:

As espécies de retórica são três em número; pois outras tantas são as classes de ouvintes dos discursos. Com efeito, o discurso comporta três elementos: o orador, o assunto de que fala, e o ouvinte; e o fim do discurso refere-se a este último, isto é, ao ouvinte. Ora, é necessário que o ouvinte ou seja espectador ou juiz, e que um juiz se pronuncie ou sobre o passado ou sobre o futuro. *O que se pronuncia sobre o passado é o juiz*; o espectador, por seu turno, pronuncia-se sobre o talento do orador. De sorte que é necessário que existam três gêneros de discursos retóricos: o *deliberativo*, o *judicial* e o *epidíctico*.⁹⁹

O Conselho de Estado operava nos vários momentos da produção normativa, e ação governamental. Ou em diferentes gêneros retóricos de que falava Aristóteles (judicial, deliberativo). A maneira de equilibrar as várias funções que desempenhava e ao mesmo manter uma certa autonomia era uma arte difícil e delicada, mas foi bem desenvolvida pelos conselheiros brasileiros.

painel político e das instituições do período deve voltar a essa obra “*Um Estadista do Império*”. É também da obra de Joaquim Nabuco que LIMA LOPES extrai o título de sua obra, *O Oráculo de Delfos*, trazendo essa imagem para mostrar que o Conselho de Estado era tão importante que tinha quase um *status* espiritual.

⁹⁹ Aristóteles, *Retórica*, 3ªed (Centro de Estudos Clássicos da Universidade de Lisboa), Lisboa, 2006, p. 104.

Ementa das Funções

- *Função de assessoria do Poder Legislativo*: Auxiliava na elaboração de leis e regulamentos, e de sua interpretação.
- *Controle de Constitucionalidade*: análise das leis provinciais relacionadas com o tema da Seção respectiva.
- *Controle da Administração*: diretrizes, contencioso, das eleições.

Uma das funções mais destacadas do Conselho de Estado brasileiro, e que demonstrava toda a sua importância estratégica, era aquela que se relacionava com a produção de leis. Ele poderia participar de todas as fases do processo legislativo, da elaboração de leis, regulamentos e instruções administrativas gerais. Não somente isso. Participava também da interpretação das leis e de sua aplicação nos casos individuais, inclusive nos casos contenciosos. Neste último caso, funcionava como tribunal administrativo. Nele, pode se dizer, que eram reunidos o auxílio e desempenho de todas as funções estatais.¹⁰⁰

O Conselho de Estado, além disso, decidia os conflitos de jurisdição, de prerrogativa; exercia o papel de Corte Constitucional, mantinha os poderes nas suas respectivas órbitas de competência, nos limites traçados pela Constituição do Império. Nesse sentido, ajudou a consolidar a ordem jurídica, garantindo a aplicação da lei, senão de maneira uniforme em todo o território, o que seria um milagre assombroso em vista das condições da época, pelo menos garantiu uma certa continuidade e segurança administrativa, além de ter afastado o caos geral e a anarquia dos tempos regenciais. Aliás, para isso mesmo é que fora criado pelo Gabinete de março de 1842.

O Terceiro Conselho, é preciso dizer, foi obra dos conservadores, foi obra dos Gabinetes do Regresso, pecha um tanto injusta dada pela oposição liberal a aqueles que queriam a garantia da ordem e da unidade nacional¹⁰¹

O novo Conselho também desempenhava uma função de *intérprete da lei*. Um exemplo bastante importante da função do Conselho de Estado no papel de intérprete da lei foi o caso da Lei de Interpretação do Ato Adicional¹⁰². Segundo Garner¹⁰³, o Conselho de Estado também era um intérprete autorizado da lei, se bem que não com a mesma formalidade e legitimidade do Legislativo. O fato, porém, é que o Executivo também era um intérprete importante da lei, enquanto

¹⁰⁰ Ao Conselho brasileiro pode ser conferida a mesma descrição aplicável ainda hoje ao Conselho de Estado francês, que, nas palavras de CHEVALLIER: “...contrôle tous les maillons de la production juridique, de l’amont à l’aval, de l’élaboration à l’application; et son intervention ne se réduit pas à un seul souci de rigueur formelle, à une simple exigence de cohérence du dispositif: elle conduit le Conseil à peser sur le contenu même des normes.” (*Revue Pouvoirs*, p. 10).

¹⁰¹ TORRES, João Camillo de Oliveira, *Democracia Coroada*, p. 234 e ss.

¹⁰² A questão do intérprete da lei à época é extensamente trabalhado no Lima Lopes, in *O Oráculo de Delfos*, *passim*. Em especial sobre a questão da Lei de Interpretação do Ato Adicional, *Op. Cit.*, p. 198-205.

¹⁰³ GARNER, L.M.N, *In Pursuit of Order...*, p. 258-270.

aplicador da lei nos casos concretos. Além disso, era admitido uma larga margem de discricionariedade ao Poder Executivo, o que lhe permitia muitas vezes alterar profundamente as leis quando de sua regulamentação. Por extensão, e a vários títulos, o mesmo se aplicava ao Conselho de Estado, que atuava nos vários níveis de produção normativa e nos vários momentos de sua elaboração.

Havia também na doutrina do período, segundo Garner, uma distinção entre clarificação e interpretação da lei. O Conselho de Estado seguidas vezes era chamado a fixar a inteligência da lei. Uma prova que ajuda a reforçar o entedimento de que o Executivo – e, portanto, o Conselho de Estado – também podia interpretar a lei foi no caso da Lei de Interpretação. Tanto o Executivo podia interpretar a lei – e o fazia inúmeras vezes – que os redatores do Ato Adicional visando à manutenção da lei dentro da intenção original – e federalista – dos legisladores fora da alçada do Executivo, que estes foram obrigados a prever expressamente que ao Legislativo somente caberia a interpretação da lei.¹⁰⁴ Se o Executivo não pudesse fazê-lo, tal disposição não faria sentido. Mesmo assim, o Conselho de Estado teve papel decisivo na elaboração dessa Lei de Interpretação¹⁰⁵.

Interesse e direito

Uma distinção bastante corrente no século XIX era a que existia entre interesse e direito. No Brasil, essa dupla de conceitos guiava a definição de competência das matérias que eram da esfera do contencioso administrativo, ou da administração chamada graciosa, ou do judiciário e era aceita pelos nossos maiores publicistas. Assim é que tanto figuras como o conselheiro Ribas, um Pimenta Bueno ou um Visconde do Uruguai compartilhavam dessa linha de tratamento da questão.

Quando o tema tratasse exclusivamente de direitos, isto é, quando estivessem opostos direitos subjetivos (direito subjetivo contra direito subjetivo), a questão seria da alçada dos tribunais comuns, ainda que presente a Administração em um dos pólos. Mas se a questão opusesse apenas interesses, de um lado o interesse particular, e de outro, o interesse público, representado pelo Estado, ou ainda direito subjetivo contra o interesse público, a questão seria da alçada da Administração, no primeiro caso, entraria no chamado gracioso, no segundo caso, no instituto do contencioso administrativo.

Tudo o que dissesse respeito ao interesse público, deveria continuar dentro da esfera de atribuições da administração. Na terminologia da época, é preciso sublinhar, havia uma certa confusão entre muitas expressões que pareciam denotar o interesse de toda a sociedade política. Esse interesse era alcançado pelas expressões: bem comum, interesse público, interesse coletivo,

¹⁰⁴ O Ato Adicional prescreveu, no seu art. 25, o seguinte: “No caso de dúvida sobre a inteligência de algum artigo desta reforma, ao Poder Legislativo Geral compete interpretá-lo”.

¹⁰⁵ Uma boa descrição do papel dos conselheiros no preparo da Lei de Interpretação pode ser conferido em LIMA LOPES, José Reinaldo, *O Oráculo de Delfos*, p. 198-205.

interesse geral. Todas as questões que, de alguma maneira, e segundo critérios discricionários, estivessem no campo do interesse comum, entrariam para a esfera da administração. E isso, de alguma forma, significaria que essas questões entrariam para o campo da política, que fora, modernamente, unificado na chamada esfera pública pelo Estado.

Assim, dividiu-se o que era de competência dos tribunais comuns e aquilo que permaneceria a cargo da administração. Ao poder judicial, caberia apenas a apreciação das matérias de direito civil, então chamado de direito privado, por contraste com o outro campo do direito que, então, estava em pleno processo de criação, ascensão e desenvolvimento, o direito público (constitucional e administrativo).

Na base da distinção entre interesse e direito estava a própria definição das áreas que entrariam na esfera do poder administrativo *contencioso* ou administrativo *gracioso*, chave para a compreensão das competências do contencioso administrativo.

O gracioso abrangia as áreas em que cabia ao próprio Executivo a prerrogativa discricionária de conceder favores ou atribuir concessões aos administrados. Esta prerrogativa da Administração poderia afetar somente o *interesse* particular. Se houvesse uma oferta por parte da Administração para a construção de obras públicas, por exemplo, o Executivo tinha a prerrogativa de escolher a proposta mais favorável para a Administração. Entre aqueles que não fossem contemplados com a escolha, tinham apenas deixado de ganhar, era apenas um interesse que eles tinham.

Após a escolha da Administração, porém, havia vinculação a uma proposta e aquele interessado que foi escolhido passaria a ter o direito de realizar a obra pública ou de explorar tal ou qual concessão, não podendo a Administração revogar aquele direito. Passaria a ser questão de direito adquirido e, então, o recurso perante a Administração teria de ser direcionado ao contencioso.

Essa distinção era muito importante na época. Orientava-a a mesma ideia de Ihering que definia o direito como o *interesse protegido pela lei (juridicamente protegido)*¹⁰⁶. Se o interesse do requerente não estivesse amparado pela lei, não haveria que se falar em direito e a Administração não poderia ser obrigada a observar eventual pedido que lhe fosse formulado por um cidadão, entrando, por isso, na rubrica das matérias graciosas, cabendo à própria Administração, em seu julgamento de conveniência e oportunidade, acatar ou denegar o pedido.

Do contencioso administrativo.

As Seções do Conselho passaram a ser, a partir de 1842, os organismos de cúpula da justiça

¹⁰⁶ IHERING, Rudolf von. *O espírito do Direito romano*. Trad. Rafael Benaion. Rio de Janeiro, Alba, 1943, p. 219-20.

administrativa. Todas as questões relacionadas ao contencioso administrativo foram sendo paulatinamente extraídas do Poder Judiciário e passaram a ser organizadas e tratadas num sistema de contencioso administrativo. Este sistema se subdividia em subsistemas, conforme a área do contencioso. Esse processo foi se instalando no país por meio de leis, regulamentos e também por meio da jurisprudência administrativa do Conselho de Estado.

Algumas áreas do contencioso administrativo funcionavam melhor, outras funcionavam pior, porque tinham deficiências na sua legislação e organização. Por exemplo, o contencioso administrativo fiscal, como tinha uma tradição muito grande e, sendo área estratégica para o Estado, funcionava melhor porque melhor organizado estava¹⁰⁷. Essas diferenças decorriam em boa parte da própria precariedade da máquina administrativa naquele período.

Com a nova organização do Conselho, passando a atuar por meio de Seções, tentou-se dar um tratamento semelhante às demais áreas do contencioso administrativo, seguindo o modelo do contencioso que já estava organizado e que funcionava melhor, que era o do Tesouro. Buscava-se dar um tratamento uniforme ao contencioso administrativo¹⁰⁸. Todas as questões relacionadas ao Direito Administrativo, à Administração e ao Governo, estariam debaixo do contencioso administrativo, cujo órgão de cúpula era o Conselho de Estado.

Como havia sido na sua versão anterior, com assento constitucional, o Conselho de Estado, desde a origem, porém, era um órgão eminentemente consultivo¹⁰⁹. O Imperador podia recorrer ao Conselho de Estado nos casos previstos de exercício do Poder Moderador (art. 101, da Constituição do Império). A partir de 1842, o órgão passou a exercer atividade decisória também nos casos relacionados ao contencioso administrativo. Esta competência, como dito, era a grande novidade.

A historiografia nacional durante muito tempo só estudou o Conselho Pleno. No entanto, a atividade das Seções do Conselho, por sua própria natureza, foi muito mais intensa e numerosa do que aquela do Pleno, porque envolviam questões administrativas e governamentais do dia. No novo contexto das instituições do Império, os conselheiros passaram a concentrar estas duas importantes funções. Num nível mais eminente, exercia a consultoria política do Poder Moderador, quando convocados a tanto pelo Imperador, como também a consultoria político-administrativa envolvendo

¹⁰⁷ GARNER. Lydia Nunes Magalhães. *Justiça Administrativa no Brasil do Segundo Reinado* (1842-1889). Revista de História n. 147 USP (2002), 159-188. A professora Garner refere que o fato de haver uma tradição maior de organização da administração fiscal, fez com que muitos, com o tempo, achassem, erroneamente, que este era o único contencioso que havia.

¹⁰⁸ Pergunta-se: que é o Direito Administrativo em si senão uma tentativa de dar um tratamento sistemático e uniforme juridicamente a todas as facetas em que o estado e a administração se relacionam com os administrados, buscando uma unidade teórica e doutrinal para se garantir a aplicação da lei em cada recôndito esfera da administração? Que é a teoria do ato administrativo, por exemplo, de aplicação geral a todo corpo administrativo, senão um belíssimo resultado desse desenvolvimento? Os franceses já sabiam disso.

¹⁰⁹ Note-se que mesmo na República continuou a existir um órgão de aconselhamento político. E o Conselho da República é um órgão de consulta da Chefia de Estado, não da Chefia de Governo, embora conte também com a sua representação. Basta comparar os assuntos tratados, Artigos 89 e 90, da Constituição Federal.

questões de governo e administração, então reunidas na órbita do Poder Executivo.

Uma das Seções com maior atividade na esfera do contencioso era a Seção de Império, que abrangia todas as questões sob a jurisdição dos Ministérios do Império, Agricultura, Comércio e Obras Públicas. O Ministério do Império e a respectiva Seção do Conselho de Estado ficavam responsáveis pela análise da atividade administrativa dos Presidentes de Província e da Câmara Municipal da Cidade do Rio de Janeiro. Em 1877, a Câmara Municipal da Cidade do Rio de Janeiro apelou de um contrato, assinado pelo Ministro da Agricultura e dois engenheiros, que tinha como objeto abrir ruas no centro da cidade, reclamando que seu direito legal de realizar o planejamento municipal havia sido desrespeitado.¹¹⁰

Além das matérias mencionadas, toda a área referente à Instrução Pública também estava sob a jurisdição do Ministério do Império e, por via de consequência, com recurso para a Seção de Império do Conselho de Estado. O tema abrangia as Faculdades de Medicina do Rio de Janeiro e Bahia, Academia Imperial de Medicina, as Faculdades de Direito de São Paulo e Pernambuco, Colégio Pedro II, escolas públicas e Aula de Comércio. Geralmente os litígios envolviam professores e a administração de cada estabelecimento, ou alunos e a administração. Como não havia uma autoridade intermediária entre o recorrente e a administração, a Seção do Império assumia aquela competência. Numa oportunidade, o professor Felipe da Mota de Azevedo recorreu da suspensão de seu vencimento enquanto esteve de licença. Em outra, o Reverendo Gregório Lipparoni, que era professor de italiano do Colégio Pedro II, apelou de uma decisão que declarara vaga a sua cadeira.

Estava vinculado à jurisdição da Seção de Império as questões da área de Saúde Pública, a qual estava mais bem organizada do que a de Instrução Pública já que contava com a Junta Central de Saúde Pública e o Instituto Vacínico. Como refere Lydia Garner, a “Junta tinha autoridade para impor penas, suspensões, ou encarceramento por infrações cometidas contra as suas regras, mas suas decisões podiam ser apeladas para a Seção de Império”¹¹¹.

Outro tema relevante, no período, para a Seção do Império eram os assuntos Eclesiásticos. Assuntos relacionados à Igreja Católica e à administração eclesiástica em geral, também eram da competência do Ministério do Império. Recorriam para esta Seção em questões administrativas. O Decreto 1911, de 28 de março de 1857, havia regulado as regras para o apelo à Coroa em matéria

¹¹⁰ GARNER, L. M. N., *A Justiça Administrativa...*, p. 168. Todas os exemplos mencionados podem ser encontrados com a referência das fontes primárias no Arquivo Nacional nos trabalhos da historiadora Lydia Nunes Magalhães Garner que estudou exaustivamente o material produzido pela Seção de Império do Conselho de Estado. Um artigo da profª Garner sobre a Justiça Administrativa no Segundo Reinado citado no presente trabalho pode se encontrado em <<http://periodicos.usp.br/revhistoria/article/view/18946/21009>> (Acesso em 29/03/2013).

¹¹¹ GARNER, L. N. M., *A Justiça Administrativa...*, p. 169. No mesmo lugar, a profª Garner cita como exemplo, o recurso de F. Sauven & Cia., de 1886, contra decisão da Divisão de Inspeção e Saúde contra a venda de itens estragados em sua loja e de João de Deus da Cunha Pinto que apelou da decisão da Divisão que fechou a Clínica Santa Teresa.

Eclesiástica. Inicialmente essa matéria não cabia ao Ministério do Império, mas com a sua reorganização em 1861, o tema passou à jurisdição do Ministério do Império¹¹². Garner refere que na “*sua Divisão Eclesiástica o Ministério supervisionava a concessão, mudança, ou remoção de benefícios eclesiásticos, decidia conflitos de jurisdição e apelos à Coroa, avaliava sanção imperial a encíclicas papais, e opinava em todos os assuntos relativos a seminários, monastérios, irmandades, e aqueles relativos a outras religiões*”.¹¹³ Sob esta rubrica geral, o Padre Francisco Gonçalves Barbosa apelou de decisão que havia denegado a sua nomeação para a posição de Cônego da Catedral de São Paulo. Menciona-se também o caso de Joaquim Antônio de Faria de Lima, que em 1871, apelou da decisão do Bispo de Olinda que tinha recusado o enterramento em campo santo ao General José Ignacio de Abreu de Lima por ser este agnóstico.¹¹⁴ A administração secular da Igreja era tema ao qual o Executivo dedicava bastante atenção.

O Pleno também poderia atuar nos casos do contencioso administrativo, seja pela importância política do tema ventilado, seja porque o Imperador entendeu que, no âmbito das Seções, a questão contenciosa precisava ser melhor desenvolvida para se chegar a um consenso mais prudente, ou que a questão merecia maior desenvolvimento. As questões das Seções chegavam ao Conselho Pleno quando se tornavam um tema político de maior envergadura ou matéria de Estado. Este foi o caso da famosa *Questão dos Bispos* de 1873, que começou na Seção do Império e acabou chegando no Conselho Pleno¹¹⁵.

Em certas questões sensíveis se poderia notar a passagem de um nível para outro. Muitas das questões que chegavam por meio do contencioso administrativo demonstravam um caráter político eminente, de interesse do Estado, situação em que passavam a atuar as chamadas *razões de Estado*. Aqui, se pode ter uma noção da sensibilidade política que era preciso para ser conselheiro! Uma questão que demonstrava toda a sua problematicidade era aquela relacionada à escravidão.

O Problema da Escravidão.

Como é sabido, o sistema econômico-produtivo do Império baseava-se, em grande medida, na escravidão. Então, era comum os senhores e grandes produtores terem escravos. Muitas vezes apareceram questões em torno da escravidão no Conselho de Estado, que recebeu o devido cuidado

¹¹² A criação do Ministério da Agricultura, Comércio e Obras Públicas ocorreu em 1860 e alterou a organização e funcionamento de todas as Secretarias de Estado. Os assuntos eclesiásticos, que eram da competência do Ministério da Justiça, passaram para o Ministério do Império.

¹¹³ GARNER, L. M. N., *A Justiça Administrativa...*, p. 169.

¹¹⁴ GARNER, L.M. N., *Op. Cit.*, p. 170.

¹¹⁵ GARNER, L. N. M., *In Search of Order...*, p. 249.

dos nossos conselheiros. Nessa matéria, pode-se notar as posições majoritariamente liberais do conselheiros. Foram paulatinamente sendo estabelecidas posições que caminhavam num sentido de concessão progressiva de liberdades aos escravos.¹¹⁶ Nessa mesma linha, leis foram sendo aprovadas, concedendo-se mais e mais direitos à população escrava. A análise de muitas decisões do Conselho de Estado demonstram uma visão marcadamente liberal dos conselheiros.

Foi o caso, por exemplo, da *Lei Eusébio de Queiros*, de 1850. Várias questões referentes à aplicação dessa lei apareceram no Conselho de Estado.

Em síntese, as Seções do Conselho, então, dividiam-se em todas essas áreas, funcionando e sendo acionadas de diversas formas. As questões – litígios, consultas, recursos, etc. – poderiam aportar no Conselho, a depender da matéria, por meio de consulta do Imperador ou do Governo, ou demandas específicas de determinado ministério. O Executivo poderia para lá encaminhar um projeto de lei para que fosse analisado e desenvolvido no Conselho de Estado, ou para que os próprios conselheiros sugerissem providências. Podia chegar ainda por meio de recursos dos cidadãos em face da Administração Pública.

Cada ministério em grande medida se relacionava com o administrado de determinada forma e muitas vezes, nos casos em que ocorria a violação de direitos e interesses dos administrados, estes recorriam à administração, inicialmente nas repartições públicas vinculadas a determinados ministérios. Porém, a partir de 1842, os cidadãos deveriam recorrer, no circuito do contencioso administrativo criado, para o próprio Conselho de Estado geralmente em grau recursal. A partir de então, por outro lado, se recorressem ao Poder Judiciário, a Administração poderia suscitar conflito contra a violação da sua jurisdição.¹¹⁷

Ao Ministério do Império, por exemplo, os administrados poderiam recorrer, na via do contencioso administrativo, nos casos envolvendo obras públicas¹¹⁸. Muitos empreendedores, no jovem sistema capitalista florescente, poderiam alegar, por exemplo, o descumprimento de um contrato celebrado com a administração. As grandes obras de melhoramentos (estradas, ferrovias,

¹¹⁶ De se destacar que se não houvesse sido feito esse trabalho gradual de se ir progressivamente minando as posições mais retrógradas, dificilmente poderia haver uma libertação que pôde ser tão pacífica, livre de entrechoques mais visíveis. A alternativa que talvez tenha sido evitada seria o fantasma de uma guerra civil como de fato aconteceu nos Estados Unidos. Note-se que quando me refiro a este ponto, não há nisso relação alguma com o problema posterior da falta de planejamento e a falta de um trabalho de absorção dos negros na sociedade brasileira, problema diverso, tão bem antevisto por Joaquim Nabuco e de alguma forma intensificado com a omissão da República em lidar com este problema. A República fez-se de desentendida.

¹¹⁷ O procedimento de conflito era previsto no art. 24, do Regimento n.º 124/1842. Este dispositivo é muito significativo pois demonstra a clara intenção da repartição de matérias entre o Poder Executivo e Poder Judiciário. Vale a sua transcrição: “Art. 24. Quando o presidente de uma província ou o procurador da Coroa na Corte e na Província do Rio de Janeiro, tiver notícia de que uma autoridade judiciária está efetivamente conhecendo de algum objeto administrativo, exigirá dela os esclarecimentos precisos, bem com as razões, pelas quais se julga com jurisdição sobre o objeto”.

¹¹⁸ Cf. GARNER, Lydia Nunes Magalhães. *Justiça Administrativa no Brasil do Segundo Reinado* (1842-1889). Revista de História n. 147 USP (2002), 159-188.

grandes construções) foram submetidas a esta nova estrutura jurídico-administrativa de resolução de conflitos. Não se pode esquecer que a segunda metade do século XIX foi um período de grande crescimento econômico no país¹¹⁹. Muitas empresas estrangeiras aqui se estabeleceram dinamizando fortemente a economia. Na medida em que obrigatoriamente se relacionavam com a administração, eles tinham de procurar a garantia do cumprimento dos seus direitos e contratos no contencioso.

Recursos, consultas, pareceres.

Havia também as situações em que era a própria legislação que criava o recurso ao Conselho de Estado. Muitas leis foram feitas que deram recurso aos cidadãos para o Conselho de Estado, sendo esta uma importante tendência da época. A própria Lei Eusébio de Queiros, já mencionada, previu o recurso ao órgão nos casos de apresamento de navios que traficavam escravos. Com esta lei, o tráfico de escravos havia sido proibido não só nas águas internacionais, mas também nas águas territoriais brasileiras. Se fossem apreendidos nas águas territoriais, ou no próprio ato de desembarque, o navio em tais condições seria considerado pirata. Quem decidia, neste caso, sobre a liberdade dos traficantes e dos próprios negros era, no primeiro grau, as Auditorias da Marinha e, em segundo, o Conselho de Estado.

O contencioso administrativo fiscal, por óbvio, também observava o órgão conciliar como instância recursal.

Para os casos de desvio ou excesso de poder, questões tipicamente administrativas, também previu-se o recurso ao Conselho, assim como nas situações em que se entendesse que as decisões eram incorretas. Ao Conselho, era dado o poder de anular tais decisões.

Algumas questões relacionadas aos tribunais de comércio também davam recurso ao Conselho de Estado.

Várias questões sensíveis de várias áreas administrativas, também por meio de lei, conduziam ao Conselho de Estado. Todas as questões administrativas desaguavam, de alguma forma, na casa de Uruguai.

A institucionalização da justiça administrativa era feita também no nível das regulamentações na mesma medida em que se criavam organismos administrativos e repartições

¹¹⁹ Figuras tão importantes como um Barão de Mauá fizeram fortuna neste período. Quando o Barão de Mauá teve de transferir suas companhias no Brasil para interesses britânicos em 1862, solicitou permissão à Seção de Império do Conselho de Estado, que aceitou, com a condição de que ficasse consignado em contrato que “o Conselho de Estado é a segunda e última instância para apelos entre o governo e indivíduos por um lado, e companhias por outro”, e a ainda que onde estivesse escrito Conselho de Estado, fosse lido, Seção do Conselho de Estado. (GARNER, L.M.N., *Justiça Administrativa...*, p. 180).

públicas. A criação de novas repartições públicas gerava demandas contenciosas, o que, por sua vez, dava mais densidade e capilaridade à Administração Pública. Isso era absorvido pelo sistema do contencioso por meio de regulamentos que davam recurso para o Conselho.

A criação da Divisão Central de Saúde mostra bem como o Conselho de Estado atuava em todas as pontas do processo legal – *da elaboração das leis e decretos até à aplicação geral e em nível contencioso*. Com a Lei de Terras deu-se da mesma maneira¹²⁰

Assim, pode-se verificar o quão estratégica era a posição do Conselho de Estado para atuar em todas as fases do processo legislativo e legal (da elaboração da lei, à regulamentação; da interpretação à aplicação nos casos particulares). Poderia atuar, então, em todos os níveis das funções estatais, conforme o órgão. Quando se tratasse dos fins últimos, gerais, políticos, caberia ao Conselho Pleno; nos níveis intermediários (determinação legislativa e governamental, direção política) e concreto (nível de aplicação do direito), através das seções do Conselho de Estado¹²¹.

O contencioso avançava conforme o estado da Administração. A sua institucionalização foi acontecendo de forma progressiva por meio de leis e regulamentações. À medida que eram criadas novas repartições e órgãos públicos o contencioso crescia, especialmente no âmbito do Ministério ligado aos negócios interiores, o Ministério do Império¹²².

No entanto, as condições, em especial nas Províncias, eram muito precárias. Isso dificultava um maior desenvolvimento da burocracia e conseqüentemente do contencioso que estava vinculado à administração ativa.

Advogados do Conselho de Estado.

Atuação. Triagem. Critérios.

A Lei criou a figura dos Advogados do Conselho de Estado. Eram advogados, nomeados pelo Governo, para atuarem perante o Conselho de Estado assinando as peças e reclamações das partes que para lá fossem encaminhadas. Eles assinavam as *razões de recurso*¹²³.

Dentre outras funções essenciais, os advogados do Conselho de Estado realizavam a triagem

¹²⁰ GARNER, L. N. M., *In Search of Order...*, p. 465-6. A autora argumenta no mesmo sentido, em outro lugar (*Justiça Administrativa...*, 2002, p. 180) trazendo exemplos em cima de exemplos dessa maneira de proceder da Administração.

¹²¹ Sobre a posição estratégica do Conselho para atuar em todas as fases do processo legal, conseqüentemente em todos os níveis das funções estatais e do ordenamento jurídico (GARNER, L.M.N., *In Search of Order...*, 1987, p. 469).

¹²² Sobre a evolução do contencioso, conforme o estado da Administração e do seu nível de organização. Sobre crítica de Tavares Bastos à vagueza do Regimento 124. v. especialmente os trechos de sua obra *Cartas ao Solitário* que tratam do processo administrativo. (GARNER, L.M.N., *In Search of Order...*, 1987, p. 469)

¹²³ GARNER, Lydia Magalhães Nunes, *Os Advogados do Conselho de Estado do Segundo Reinado, 1842-1880*, em *Revista do Instituto dos Advogados Brasileiros*, n.81,1.e 2. Semestres, 1994, p.29.

das matérias antes de se efetuar o encaminhamento às respectivas Seções Administrativas, atividade que compartilhavam com servidores dos Ministérios. Eles separavam as questões que eram de *contencioso* ou do *gracioso*. Para que a justiça administrativa pudesse criar fundamentos sólidos na sociedade era preciso firmar, principalmente pela via da jurisprudência do próprio Conselho de Estado, a doutrina da clara separação entre as questões da ordem administrativa e judicial. No entanto, muitas vezes, as sutilezas referentes aos critérios de competência acabavam confundindo as partes que não compreendiam as diferenças e critérios daquilo que entraria na ordem administrativa ou judicial e do que entrava no contencioso ou estaria a cargo do gracioso.

Na Seção do Império, por exemplo, o apelante Antônio José da Silva Travassos recorreu de uma decisão do Ministério da Agricultura que havia negado privilégio para a navegação dos rios Possonga e Japarutuba, apelo que foi denegado tendo em vista que “*o assunto de (concessão) privilégios não pertencia ao contencioso mas sim ao gracioso*”, uma vez que acarretava prejuízo aos interesses da parte, mas a nenhum de seus direitos¹²⁴.

Atuaram no Conselho de Estado como advogados juristas insignes como Teixeira de Freitas, Saldanha Marinho.

Os advogados do Conselho de Estado foram extintos por meio do Decreto n. 7831 de 23 de setembro de 1880.

Existia ainda o cargo de *consultor jurídico* que assessorava os conselheiros muitas vezes pondo em ordem os papéis referentes ao caso, bem como na elaboração de relatórios bastantes substanciosos, que serviam quase como um voto. Serviu como consultor jurídico no período, José de Alencar, o famoso romancista brasileiro. O pessoal dos respectivos Ministérios, especialmente por meio de seus Diretores, ou pelo Diretor-Geral, também prestavam auxílio na organização e preparação, instruindo e colocando em ordem a documentação dos feitos, que seriam analisados pelas Seções do Conselho de Estado.¹²⁵

Contencioso Administrativo vs. Contencioso Judicial: separando matérias administrativas das judiciais.

O critério de atribuição de competência em questões de contencioso administrativo variou durante o Império, embora seja certo que quem os definia eram os Conselheiros de Estado. As decisões variaram desde a *teoria dos atos em causa* até a *teoria da divisão atos de império e atos de gestão*. Neste ponto a filiação ao modelo francês era clara.

¹²⁴ GARNER, L. M. N., *A Justiça Administrativa...*, p. 171.

¹²⁵ LIMA LOPES, J. R., *O Oráculo de Delfos*, p. 157-158.

Em 10 abril de 1854, a Seção de Justiça deparou-se com uma questão que tratava sobre a competência do Conselho para a apreciação dos abusos da autoridade eclesiástica, ocasião em que o conselheiro Paulino José Soares de Souza, na companhia do Visconde de Abrantes e Caetano Maria Lopes Gama, teve ocasião de expor muito claramente a doutrina do período. Inicialmente, valendo-se de um relatório de Portalis mostrou a necessidade que as “nações policiadas” tinham de exercer a vigilância de cultos não só para impedir que a autoridade eclesiástica invadisse temas temporais como também para garantir aos cidadãos o gozo pacífico dos cultos que professassem. Para os conselheiros, o recurso à coroa era recurso administrativo. A seguir o conselheiro Soares de Souza indica vários critérios para diferenciar os negócios administrativos das questões judiciais: *1º a autoridade judiciária decide normalmente entre pessoas privadas e sobre coisas privadas, enquanto a autoridade administrativa decide sobre coisas públicas, ou entre a coisa pública e a privada; 2º o Judiciário decide sobre títulos e regras absolutas, fundamentando sua decisão em direitos, enquanto a administração decide sobre a utilidade e pode fundamentar sua decisão na equidade e conveniência; 3º a autoridade judiciária julga fatos passados e individuais, e a administrativa dispõe para o futuro e de maneira geral (por regulamentos); 4º a decisão judiciária cerca-se de formas rigorosas e lentas, enquanto a administrativa dá decisões mais rápidas, que se modificam segundo as circunstâncias.*¹²⁶

3.3. Posição do Poder Moderador

A nova configuração orgânico-funcional do Conselho de Estado, a partir da sua reintrodução em 1841 – e especialmente com as funções que lhe foram atribuídas com o Regimento n.º 124/1842 –, evidentemente que resultou em uma nova formatação política e institucional e de relacionamento entre os órgãos e poderes políticos. E sobre essas possíveis alterações no relacionamento recíproco entre as instituições que se passará a cuidar.

BERNARDO PEREIRA DE VASCONCELOS, numa demonstração ímpar de clarividência política, defendeu a criação do Conselho como uma forma de se garantir o princípio da separação de poderes. Nos casos de conflitos de jurisdição¹²⁷, entre órgãos judiciais e administrativos, debatia-se desde então se haveriam de ser solucionados por um órgão judicial¹²⁸ ou administrativo. Acaso se

¹²⁶ Carotátá, v. 1, p. 467-470, *apud* LIMA LOPES, J. R., *Op. Cit.*, p. 223. Na mesma consulta o conselheiro Paulino cita o modelo francês: “A organização do nosso Conselho de Estado foi tirada da França; e na França o conhecimento dos recursos dos abusos das autoridades eclesiásticas é da exclusiva competência do Conselho de Estado”.

¹²⁷ Neste sentido o parágrafo 4º do art. 4º da Lei n. 234/1841 determina que caberá consulta ao Conselho de Estado “... 4º Sobre *conflitos de jurisdição* entre as Autoridades Administrativas, e entre estas, e as Judiciais”.

¹²⁸ Solução adotada em França a partir de 1872, que veio a criar um Tribunal de Cassação separado para decidir estes

adotasse a primeira solução, VASCONCELOS entendia que se correria o risco de criar um governo judicial, ferindo-se o princípio da separação de poderes, pois conferir-se um tal poder ao Judiciário permitiria uma interferência indevida deste no Executivo, numa linha muito próxima daquela defendida pelos revolucionários franceses.

Muitos desses problemas, discutidos naquela época, são problemas hoje. No fundo, são questões de princípio, claramente postas. Nesse contexto e, como bom conhecedor das instituições do Império que era, VASCONCELOS propõe ao senador VERGUEIRO uma solução diversa.

Segundo o primeiro, a melhor estratégia, então, a adotar-se na resolução de conflitos entre poderes seria colocá-los dentro do Conselho de Estado, pois este, enquanto órgão consultivo do Imperador, poderia arbitrar os conflitos entre os poderes. Já que havia um poder neutro, era preciso fazer bom uso dele, via Conselho de Estado, que tinha condições, dentro da sua multifacetada linha de atuação, de oferecer as melhores soluções ao Imperador.

Nessas condições, quando o Poder Moderador arbitra o conflito, o faz enquanto um poder negativo, neutro, ou de controle, o qual por natureza é também um poder irresponsável, de última instância. Não pode ser responsabilizado, porque não exerce um poder ativo, é apenas um fiscal, garantidor da harmonia e equilíbrio entre os demais poderes. Sendo assim, quem deveria ser responsabilizado pelas consultas do Conselho de Estado? Eram os próprios conselheiros!

Havia na época uma lei de responsabilidade tanto para ministros, que formavam o governo, quanto para conselheiros de Estado, e cujo tratamento jurídico era bastante assemelhado. Os conselheiros de Estado tinham um *status* muito parecido com aquele dos ministros, inclusive pela posição que tinham dentro das instituições, que precisam ser compreendidas no seu conjunto. Eles eram assessores do Imperador, mas aqui é necessário distinguir a qualidade das funções desempenhadas pelo Imperador, *num caso atuando como chefe do Poder Executivo, noutra atuando como Poder Moderador*.

O Imperador poderia acionar estas duas opções de funcionamento do Conselho de Estado, conforme atuasse enquanto Poder Moderador ou ainda como chefe do Poder Executivo, caso em que poderia atuar tanto através dos seus ministros (cf. Art. 102, Constituição do Império), como também por meio dos seus conselheiros reunidos em Seções. No nível de atuação do Poder Executivo, todavia, eram os Ministros quem mais recorriam aos serviços das Seções do Conselho de Estado, já que eram as autoridades que exerciam a função governamental, sendo os grandes responsáveis pela ordenação dos negócios públicos. Os Ministros poderiam encaminhar ao Conselho, enquanto assessor do poder político governamental (*função consultiva*), consultas sobre os mais variados temas políticos, questões de governança e administrativas.

Na linha da doutrina clássica do período, portanto, não havia que se confundir essas duas

conflitos, conforme exposição sobre a França supra.

posições do Imperador. Era necessário distinguir uma da outra, visando a garantir a intangibilidade do Imperador. Nesse sentido a ponderação do Visconde do URUGUAI¹²⁹:

O Imperador não é o Poder Executivo, não constitui por si só o Poder Executivo. É simplesmente o chefe do Poder Executivo. Não confundamos a parte com o todo. É o chefe de um corpo composto de agentes de cuja referenda dependem os atos desse poder, e sem a qual não podem ser executados. Por mais importante que seja a parte que possa caber ao Imperador, como chefe do Poder Executivo, nesse corpo não é ele o mesmo corpo. Os ministros, por isso mesmo que são responsáveis, não podem ser agentes passivos. Podem dizer ao chefe: eu sou o responsável, e não tomo sobre mim essa responsabilidade.

O Imperador não é, portanto, o Poder Executivo. Aplicai a referenda e a responsabilidade aos atos do Poder Moderador; o Imperador pelas mesmas razões não será também o Poder Moderador, mas simplesmente o chefe do Poder Moderador. Ora, isso é contra a Constituição.

Na órbita das Províncias, os Presidentes, que eram órgãos delegados do Poder Executivo para exercer o poder administrativo no seu território, representavam o Poder Executivo nacional nas Províncias. O Regimento 124/1842 já previa expressamente o procedimento a ser adotado nos casos de conflito de jurisdição. Era nas localidades que os Presidentes de Província viam como na prática os conflitos de jurisdição ainda estavam acontecendo. Se o Presidente de Província verificasse casos que entendesse ser de contencioso administrativo, ele mesmo poderia suscitar conflito de jurisdição.

Digamos que uma empresa X, após contratar com a administração provincial de São Paulo, entendeu que a Província de São Paulo, agiu de forma arbitrária violando os seus direitos. Neste caso, o empresário poderia, por desconhecimento ou por estratégia calculada, entender de buscar o Poder Judiciário. O Presidente de Província, por sua vez, que teria ou impugnado os valores do contrato, ou contratado com um terceiro, entendia que a questão era claramente competência da jurisdição administrativa. Neste caso, o chefe do executivo provincial poderia suspender o processo em tramitação no Poder Judicial, remetendo-o ao Conselho de Estado (art. 25, Regimento n.º. 124/1842), que tinha poderes para decidir se o caso era de contencioso administrativo ou de jurisdição comum.

Na maior parte dos conflitos envolvendo as duas jurisdições, entendeu-se que a competência era da Justiça Administrativa, desde que presentes as condições para isto¹³⁰. Casos houve, todavia, em que se encaminhou novamente ao Poder Judicial. A prática e a doutrina do período, na linha das

¹²⁹ Cf. URUGUAI, Visconde do, *Ensaio sobre o Direito Administrativo*. Brasília: Série de Arquivos do Ministério da Justiça, 1997, p. 267-268.

¹³⁰ Aqui me parece que a melhor doutrina era aquela sustentada por Montezuma, que fornece os critérios clássicos, na linha já existente no contencioso administrativo francês. Montezuma, embora de posições marcadamente liberais, defendia, como a maior parte dos administrativistas e publicistas do Império, o contencioso administrativo, sendo grande defensor do estudo do Direito Administrativo no Império. Ele baseava-se na distinção entre atos de império e atos de gestão, para diferenciar o contencioso administrativo e o contencioso judicial. Sobre as posições de Jequitinhonha conferir o seu discurso no IAB, em 1848, ver *Revista do Instituto dos Advogados Brasileiros*, Especial Ano XI, 1977 (Edição Fac Similar).

decisões majoritárias do Conselho, entendia que, quando houvesse interesse da administração, o caso seria de contencioso administrativo.

As questões de conflitos de jurisdição eram resolvidas na Seção de Justiça, que cuidava de questões envolvendo servidores públicos e dos cargos e empregos públicos vinculados ao Poder Judicial.

Os conselheiros elaboravam o seu parecer num ou noutro sentido, para a escolha final do Imperador. Mas isto não era tudo. Depois da decisão do Imperador, a decisão precisava ser implementada na prática, cabendo ao próprio governo e à administração a efetivação da medida. O Imperador não atuava. Note-se que o Poder Executivo havia elaborado a solução num primeiro momento e, num segundo momento, dava o devido encaminhamento ao caso para o seu cumprimento, através das medidas que fossem necessárias – poderia ser o caso de uma Resolução ministerial, uma Instrução, Aviso ou medida de simples cumprimento pelo setor governamental pertinente e assim por diante, conforme a exigência do caso.

Na imensa maioria dos casos, o Imperador se conformava com a opinião majoritária¹³¹. E quando não seguia esta corrente, sacava uma própria, imperial? Não, não há notícia de que tal procedimento tenha sido adotado, pois a elaboração de uma opinião por conta própria seria exercer um papel ativo, próprio do Poder Executivo. Nesta última hipótese, seguia a minoritária, vale dizer, o Imperador sempre se baseava na opinião representada nos órgãos governativos ou administrativos dos conselheiros, pois isto era da lógica institucional, mandamento constitucional. O Imperador nada decidia fora dos quadros do Poder Executivo, pois ele, em si mesmo, era neutro. As soluções eram sempre aquelas do Conselho, que funcionava, neste caso, enquanto órgão do Poder Executivo.

Após a decisão, uma das medidas que tinham grande força por ter efeitos gerais para administração pública, era a do Aviso, adotado com base na jurisprudência do Conselho de Estado, que vinha sendo gradualmente firmada¹³².

Na sessão do dia 10 de janeiro de 1874, num caso de conflito de jurisdição, na órbita provincial, o Imperador se conformou com a decisão que entendia que o litígio envolvia o contencioso administrativo. A opinião minoritária era sustentada por Nabuco de Araújo, que era sabidamente contrário a este sistema de conflitos, porque entendia que ele violava a autonomia do Poder Judicial (art.179, §12, da Constituição do Império)¹³³. No caso, o conselheiro Nabuco

¹³¹ LOPES verifica que o Imperador, no que concerne à Seção de Justiça, adotou a posição majoritária numa proporção superior a 80% das consultas. Relativamente às demais, frequentemente levava a questão ao Pleno. Cf. *O oráculo de delfos: o conselho de estado no Brasil-Império*. São Paulo: Saraiva, 2010.

¹³² Os advogados e juristas do período obrigatoriamente tinham de acompanhar esta jurisprudência do Conselho, não por simples influência ou prestígio do órgão, mas sim porque eram as suas decisões que realmente contavam em matéria de contencioso administrativo. Havia revistas especializadas que já reservavam uma parte importante de seu espaço para essas decisões.

¹³³ Defendia que este sistema de suspensão dos feitos era inconstitucional, porquanto contrariava a independência do Poder Judiciário.

sustentou ainda que não havia contencioso administrativo na esfera provincial. O Imperador submeteu o caso ao Conselho Pleno, como frequentemente o fazia visando à consolidação de uma maioria mais ampla, bem como para que a questão fosse melhor desenvolvida.

Esta decisão gerou o Aviso de n. 75, que fixou o entendimento da administração no sentido de que havia o contencioso administrativo no âmbito das Províncias¹³⁴.

Esses atos administrativos de observância geral, bem como a elaboração das decisões pelos conselheiros, que davam o fundamento jurídico e político para aqueles, bem demonstram a participação ativa e substancial dos órgãos administrativos e governamentais. O Imperador apenas escolhia a linha governamental que julgasse mais sólida, *mas com o respaldo dos Ministros, nas situações em que consultas envolvessem matérias de competência do Poder Executivo*.

Como visto, o Imperador, então, decidia em todos os casos ouvido o Conselho de Estado. Este, por seu turno, funcionava tanto através do Pleno, tipicamente relacionado ao exercício do Poder Moderador, quanto pelas Seções. E havia que se distinguir pela lição da doutrina clássica do Direito Público do Império, entre a atuação do Imperador, enquanto detentor privativo do Poder Moderador, daquela na qual o Imperador exercia a chefia do Poder Executivo. São atuações diversas.

Quando o Conselho de Estado atuava por meio de suas Seções, dentro das atribuições do Poder Executivo, aí incluído o contencioso administrativo, o Imperador atuava como chefe do Poder Executivo; posição diversa o Imperador ocupava ouvindo o Conselho Pleno, “... *em todos os negócios graves, e medidas gerais da pública Administração, principalmente sobre a declaração de Guerra, ajuste de paz, negociações com as nações Estrangeiras, assim como em todas as ocasiões, em que o Imperador se proponha exercer qualquer das atribuições próprias do Poder Moderador, indicadas no Art. 101, à exceção da VI*” (Art. 142, da Constituição do Império)¹³⁵. Apenas nos casos em que o Imperador atuava resolvendo o conflito de jurisdição, embora por meio das Seções, ele atuava também como Poder Moderador, porquanto este é o poder que arbitra e modera os conflitos entre os demais poderes.

Em verdade, o Conselho, atuando através das Seções, era órgão do Poder Executivo, na função de julgar o contencioso administrativo, além de auxiliar do poder governamental político e administrativo. O Conselho Pleno, regra geral, era órgão de consulta do Poder Moderador. Essa

¹³⁴ *O Oráculo de Delfos: o Conselho de Estado no Brasil-Império*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 228.

¹³⁵ A Lei n.º 234 que recriou o Conselho em 24 de novembro de 1841 separa, no Artigo 7º, cada uma das matérias em que cabe consulta do novo Conselho. Aquelas enunciadas nos números 1 e 2 são matérias próprias do Chefe de Estado; as seguintes – n.º 3-6 – são de ordem administrativa e governamental. Na mesma Lei, pode-se notar ainda, pelo menos, uma outra distinção denotando a existência de dois Conselhos. Trata-se da parte final do Art. 1º, *in verbis*: “(...) *Ao Conselho reunido presidirá o Imperador; às Seções os Ministros de Estado, a que pertencerem os objetos das Consultas.*”

distinção é fundamental e não se refere apenas a nomenclaturas sem substância real no funcionamento das instituições. Elas eram o verdadeiro fundamento destas! Uma análise que não leve em conta o aspecto normativo da Constituição, facilmente poderá deixar escapar os fundamentos do funcionamento real das instituições, recaindo em mitos e estereótipos dos manuais escolares ou em análises ideológicas bastante rasas¹³⁶.

Não obstante o Conselho de Estado sempre se reportasse ao Imperador, há que se distinguir, portanto, *a qualidade da participação* do Imperador, bem como os *objetos das consultas* formuladas. Conforme o caso, o trâmite seria diverso, assim como o encaminhamento da consulta formulada, uma vez que o fundamento jurídico-constitucional era diverso.

Feitas essas distinções, pode-se compreender perfeitamente que o Conselho de Estado era também o Tribunal de última instância da Justiça Administrativa. Esse era o entendimento majoritário da doutrina no período.

A partir de 1850 foram sendo criadas as cadeiras de Direito Administrativo, formando já substancial doutrina nesse campo.

REGO BARROS, importante administrativista do período, fazia uma classificação das várias atividades do Conselho de Estado. As consultas do contencioso administrativo foram classificadas por ele como de *coparticipação das decisões*, não de simples opinião. Essa interpretação, num sentido global, dá mais visibilidade ao fato de que as decisões, e depois toda a fase de complementação destas, tinham, na verdade, uma natureza complexa. Isto é perdido de vista nas análises que se concentram apenas na participação do Imperador nestes atos decisórios.

Os administrativistas contemporâneos não levaram em conta toda esta estrutura de formação do ato decisório. A atenção da historiografia voltou-se para a atividade do Conselho Pleno. Somou-se a este quadro geral de mal-entendidos o fato de que a regulação do contencioso administrativo foi estabelecido por meio de um Regimento, que muitos não leram.

Pela jurisprudência do Conselho de Estado se via muito bem que os conselheiros tinham perfeita clareza das distinções entre as funções – entre os poderes judicial e administrativo. Tinham compreensão, corrente no século XIX, de que uma interpretação autêntica da lei, somente poderia se dar pelo Poder Legislativo¹³⁷.

O Visconde do URUGUAI no *Ensaio*¹³⁸ demonstra uma correspondência muito importante entre as funções desempenhadas pelo Conselho e as respectivas atribuições de cada um dos Poderes

¹³⁶ Nessa linha, pode-se compreender a gravidade desse erro, dessa confusão melhor dizendo, que vai muito ao encontro daqueles que afirmam que o Poder Moderador era elemento do poder absoluto do Imperador.

¹³⁷ A Lei de Interpretação do Ato Adicional, que fixou claramente aquilo que queria dizer o Ato Adicional de 1834, demarcando as autonomias existentes entre o poder das províncias e o poder geral, é um bom exemplo desse entendimento.

¹³⁸ *Op. Cit.*, p. 185-188.

e os respectivos títulos, bem demonstrando que a cada uma delas deveria se seguir diferentes conclusões e encaminhamentos. Menciona que os Conselhos (sua atuação) podem se referir ao exercício das atribuições:

1º Do Poder Moderador;

2º Do Poder Executivo político ou governamental;

3º Do Poder Administrativo Gracioso;

4º Do Poder Administrativo Contencioso.

E a seguir vai desdobrando cada uma das consequências que se seguem dos diferentes tipos de aconselhamento e intervenção. Neste passo, Uruguai demonstra todo o domínio que tinha da questão. A diferentes títulos e funções deveria ser atribuído a *facultividade* ou *obligatoriedade* de consulta ao Conselho. Um exemplo: como no seu entender, os atos do Poder Moderador deviam prescindir da referenda dos Ministros, a consulta ao Conselho de Estado (no caso, o Pleno) deveria ser obrigatória. O mesmo não seria verdade para a hipótese de consulta dos Ministros, os quais eram inteiramente responsáveis perante as Câmaras, no bom exercício das funções do Poder Executivo (refere-se ao poder político ou governamental e ao poder administrativo gracioso somente), podendo, portanto, escolher se queriam ouvir os conselhos que lhe eram oferecidos ou não (consulta facultativa).

Já se a situação versasse sobre o exercício do Poder Administrativo Contencioso (nível concreto), estar-se-ia diante da análise de direitos das partes, de um processo a ser seguido que deveria dar garantias às mesmas partes, pelo que também deveriam as dar aos conselheiros. Não deveria, pois, ficar ao arbítrio dos Ministros dar ou conceder tais garantias, como acontecia no Império, criticava Uruguai. A audiência do Conselho, portanto, nas situações contenciosas deveriam ser obrigatórias.

A lei de recriação, no entanto, misturou as matérias e estabeleceu a *facultividade* de consulta em todos os casos (administrativos e políticos), como resultado dos compromissos políticos assumidos entre liberais e conservadores, como foi visto. A principal falha do contencioso administrativo imperial resultara da necessidade de acordos políticos parlamentares. A prática institucional do período tentou atenuar esta falha, na medida em que o Imperador, na prática, sempre ouvia o Conselho Político e o Conselho Administrativo ia se consolidando como tribunal administrativo, mas as lacunas eram muito grandes...

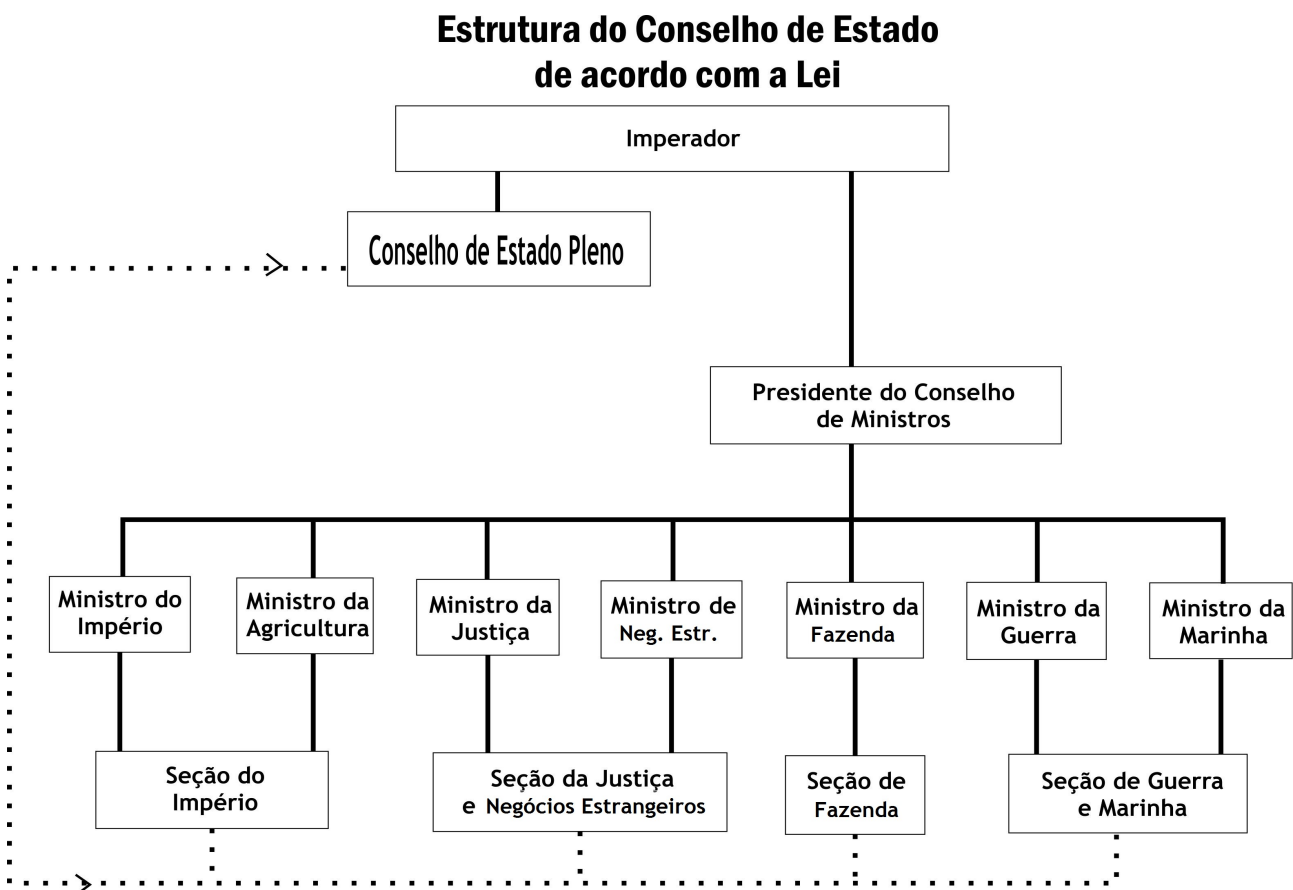
Essa leitura de Uruguai parece se coadunar com a abordagem do presente estudo que leva em conta os diferentes níveis das funções estatais e, portanto, dos patamares de atuação do Conselho.

Outro não era o entendimento do professor de Direito Administrativo da Faculdade do Recife, Vicente Pereira do Rego, quanto às diferentes funções do Conselho de Estado¹³⁹:

SERVIÇOS DO CONSELHO D'ESTADO. — Três são as diversas ordens de serviços que o Conselho d'Estado é destinado a prestar : 1.º assistir ao Monarcha com o conselho sobre os negócios de maior transcendência que dependem da sua immediata resolução ; 2.º discutir os projectos de Leis, Regulamentos, e Instrucções que por exigirem grande variedade de conhecimentos theoreticos e práticos, não podem ser cabalmente discutidos no Conselho dos Ministros ; 3.º servir de centro, onde venham réunir-se todas as noções estadísticas das diversas repartições da Administração publica, ese resolvam as duvidas que occorrerem entre ellas, e para o qual emfim possam recorrer as partes, que se julgarem lesadas nas estações subalternas do poder executivo.

Os clássicos mostram isto com muita clareza: é preciso considerar as instituições no seu conjunto e de acordo com a Constituição. A doutrina corrente à época reforça essa interpretação.

Figura¹⁴⁰ –



Dessa forma, como visto, havia a clara divisão entre o Poder Moderador e o Poder Executivo na Constituição do Império (arts. 103 e 105). O Poder Moderador é a chefia de Estado,

¹³⁹ REGO, Vicente Pereira, *Elementos de Direito Administrativo Brasileiro*, Recife: 2ªed., 1860, p. 16.

¹⁴⁰ Gráfico reproduzido do trabalho de GARNER, L.N.M., *In Search of Order*, p. 156.

poder supremo de inspeção e a alta representação nacional. Este o Poder encarregado de fiscalizar e arbitrar os conflitos entre o demais poderes – Executivo, Parlamento (Senado e Câmara) e o Supremo Tribunal de Justiça. Era um Poder que atuava não de forma absolutista, mas de modo a conservar cada um dos Poderes no quadro constitucional limitado que lhe foi demarcado.

É um poder conservador porque conserva os valores permanentes da comunidade nacional, ao mesmo tempo em que representa esta mesma comunidade em sua existência e continuidade no tempo.

A partir dos apontamentos que foram feitos nas partes anteriores, poderia ser feito um esboço mais geral de classificação de algumas funções desempenhadas pelo Conselho de Estado. Num *primeiro nível, supremo*, que corresponderia às funções da chefia de Estado (poder de última instância), o Conselho de Estado, reunido, *Conselho Pleno* portanto, exerceria as funções consultivas relacionadas ao exercício do Poder Moderador.

No *plano intermediário, ou nível das determinações*, as *Seções do Conselho de Estado* desempenhavam uma função de consultoria e assessoria do Poder Executivo (poder governamental e administrativo). As questões referentes à Administração, neste nível, envolveriam, em princípio, somente as questões da administração graciosa, de aplicação das leis e realização das diretrizes governamentais, de interesse geral, cuja iniciativa dependia da própria Administração, para o futuro. Aqui, os conselheiros estavam subordinados aos Ministros, que presidiam os trabalhos das Seções. Neste patamar, havia necessidade de se proceder em consonância com a opinião do governo, o qual, em última instância, era quem se responsabilizava, perante as Câmaras. As *Seções* do Conselho, regra geral, portanto, eram órgãos do Poder Executivo.

No *nível mais concreto e imediato*, de aplicação da lei ou dos fins imediatos, havia a aplicação do direito e as decisões de casos individuais. Estes eram os casos concretos, individuais, matérias do contencioso administrativo, voltadas para o passado. *Nesta função, os conselheiros poderiam decidir inclusive contra as decisões dos Ministros, e o fizeram efetivamente*. Os conselheiros não estavam submetidos ao Governo, somente ao Imperador, ao qual cabiam ainda algumas funções próprias da chefia de Estado, que ainda estavam absorvidas no *Poder Executivo*, como sendo aquelas de inspeção geral da própria Administração. Na prática, essas “consultas” tinham caráter *deliberativo e decisório*, embora nominalmente consultivo.

Por fim, havia as questões dos conflitos de jurisdição, entre o Poder Executivo e Judiciário. Essa função, geralmente decidida no âmbito das Seções do Conselho de Estado, especificamente seção de Justiça, era, no entanto, função atribuída ao *Poder Moderador*, enquanto árbitro último dos conflitos entre os demais poderes, realizada pela via do Conselho de Estado.

Embora a reintrodução do Conselho de Estado em 1841 com a Regimento de 1842 tenha confundido os Conselhos Político e Administrativo, parece-me que a divisão institucional entre os

poderes permitia que os Conselheiros, assim como toda a doutrina da época, tivessem clareza quanto a essas divisões de planos e funções e a essas tentassem se manter fiéis, ainda que isso fosse bastante problemático em alguns casos. Mas a existência de uma chefia de Estado distinta da chefia de Governo, permitia uma melhor coordenação entre os diversos poderes e órgãos.

João Camillo de Oliveira Torres¹⁴¹, resumindo o funcionamento do Poder Executivo, trata dessa coordenação e complementaridade de funções:

Para concluir o estudo da teoria do Poder Executivo no Império, poderíamos dizer que as suas decisões saíam de uma deliberação conjunta: de um lado o Imperador e de outro o Presidente [do Gabinete dos Ministros]; cada um chefiava um organismo coletivo, de cujas opiniões eram os órgãos autorizados: respectivamente: o Conselho de Estado e o gabinete.

Talvez pudesse ser acrescentado que as Seções Administrativas do Conselho de Estado justamente por sua ambiguidade e caráter nominalmente consultivo, davam ao Conselho uma grande elasticidade de atuação e grande margem de manobra, permitindo a ele transitar entre os diversos níveis de atuação dos diversos poderes, integrando, coerenciando, de maneira a conferir maior estabilidade e continuidade para atuação administrativa, atenuando um pouco os males dos gabinetes temporários.

3.4. Da Natureza das Decisões do Conselho de Estado.

Eficácia das Decisões

É necessário, para uma melhor compreensão da natureza das decisões do Conselho, um maior detalhamento quanto à efetividade de suas decisões. Nesse ponto, também o Regimento n. 124 de 05/02/1842 trouxe toda uma regulamentação sobre não só sobre o processo administrativo a ser observado no contencioso administrativo, mas também sobre a eficácia das decisões das Seções Administrativas.

Art. 20. A Resolução Imperial, tomada sobre parecer da seção ou consulta do Conselho de Estado, será expedida por decreto.

(...)

Art. 51. A imperial resolução será executada **como qualquer sentença judiciária**, e pelos mesmos juízes e forma pela qual estas o são.

Sendo condenada a administração, a execução será feita administrativamente.

¹⁴¹ TORRES, João Camillo de Oliveira, *Democracia Coroada*, p. 190.

Diversidade de Funções

O Conselho de Estado atuava nas duas funções. De um lado assessorava o poder administrativo e o governo com as medidas de caráter geral (ou de *interesse geral*). De outro, decidia os casos contenciosos envolvendo a administração. No primeiro caso estava submetido ao governo, enquanto que no segundo poderia inclusive contrariar e anular as decisões de todas as autoridades administrativas dos mais variados níveis, inclusive de Ministros.¹⁴²

De certa forma, a ambiguidade resultante do novo formato do órgão, devido aos compromissos assumidos na discussão e aprovação da Lei que o reintroduziu, na verdade trouxe-lhe alguns benefícios, dos quais o Conselho soube se valer magistralmente.

As Seções, tendo a retaguarda do Imperador, enquanto chefe imparcial da Administração e dos próprios Ministros, tinham liberdade, autonomia e iniciativa de análise e encaminhamento de providências numa escala que poderia ir muito além do caso concreto posto em exame. O contencioso administrativo permitia que as Seções do Conselho de Estado, a partir da análise de um caso em particular, além de sugerir a solução para o próprio, sugerisse medidas gerais ao Governo e ao Legislativo, a fim de solucionar o problema na sua causa mais fundamental. Podem ser citados inúmeros exemplos em que tal procedimento ocorria. Numa delas veio à tona toda a problemática questão dos casamentos mistos entre católicos e protestantes¹⁴³.

A colona alemã Catarina Scheid, de Petrópolis, protestante, havia se casado com um português, católico. Após este a ter abandonado, Catarina recorreu para os órgãos administrativos, a fim de ver seu casamento anulado e, por fim, chegou ao Conselho de Estado em 27 de abril de 1854. Os conselheiros analisando o pedido, sem restrições formais próprias do contencioso judicial, ampliaram o seu escopo de uma tal maneira que pôs a descoberto inúmeros pontos cegos da legislação e da política governamental vigente naquele momento. Sobre a situação particular, o conselheiro Paulino José Soares de Souza, concluiu que “*nenhuma providência se pode tomar sobre a pretensão de Catarina Scheid a respeito da qual nossas leis e estilos são inteiramente defectivos*”. Seguiram-se, da parte dos demais conselheiros, uma série de observações e comentários de uma lucidez e erudição absolutamente magistrais. O aprofundamento das questões de fundo resultaram necessariamente num conjunto de propostas legislativas no sentido de regular a figura dos casamentos mistos, garantindo-se uma série de direitos civis e políticos àqueles que professassem outras religiões.

¹⁴² Essa possibilidade já estava dada no Regulamento n. 124/1842, artigos. 45 e 46. Cf. GARNER, *Justiça Administrativa...*, p. 179.

¹⁴³ Consulta de 27 de Abril de 1854, reunida em *Consultas do Conselho de Estado Sobre Negócios Eclesiásticos* compiladas por ordem do Ministro do Imperio (Rio de Janeiro: Tipografia Nacional, 1869, p. 5-23). Disponível em: <<http://www.brasiliana.usp.br/bbd/handle/1918/06000600#page/7/mode/1up>> (acesso em 29/03/2013). Esta Consulta da Seção de Justiça do Conselho de Estado também é comentada por LIMA LOPES, p. 275-282 (*O Oráculo de Delfos*, 2010).

Dessa forma, pode-se dizer que o contencioso administrativo frequentemente era o gatilho para a solução e encaminhamentos de questões sensíveis para a vida nacional. Os conselheiros que não eram somente juristas no melhor sentido da palavra, tinham também larga experiência política e administrativa. Cada requerimento ou pedido encaminhado era analisado desde muitas perspectivas possíveis – políticas, administrativas, jurídicas, técnicas – e desde vários níveis de atuação das funções estatais. O fato de o Conselho de Estado estar situado e perfeitamente integrado na esfera política e administrativa do Estado (Poder Executivo e Poder Moderador) possibilitava essa largueza de vistas tão destacada pelos estudiosos¹⁴⁴.

Esse tipo de tratamento e encaminhamento jamais poderia ser sequer considerado no âmbito do Poder Judiciário, que se pauta por regras procedimentais *stricti iuris*, mais rígidas e formais.

Nesta como em tantas outras decisões, como as Consultas do Conselho de Estado eram resoluções compartilhadas pelo Imperador e também pelo Governo, a quem cabia a regulação e implementação das medidas, resta claro que não era atividade unilateral do Imperador.

Esta coparticipação tinha bases constitucionais muito claras. A Constituição praticamente forçava que os órgãos e suas autoridades atuassem em concerto. De acordo com o Art. 132, os Ministros também tinham de participar das decisões.

Art. 132. Os Ministros de Estado referendarão, ou assignarão todos os Actos do Poder Executivo, sem o que não poderão ter execução.

Um ato do Conselho de Estado em matérias em que este estava submetido aos Ministros – Poder Executivo Puro na classificação de Uruguai¹⁴⁵ – é também um ato do Poder Executivo, e pelos quais os Ministros poderiam ser responsabilizados.

Considerações Sobre a Crítica ao Contencioso do Império

A maioria dos autores que trataram do assunto referente ao papel do Conselho de Estado como Tribunal Administrativo de cúpula no Império tende a minimizar a importância do sistema de contencioso brasileiro.

Quanto a este ponto, cabem algumas objeções àqueles que, como LOPES, defendem que o Conselho de Estado não era propriamente um Tribunal de Justiça Administrativa.

Estes defendem que não houve propriamente um contencioso administrativo no Brasil

¹⁴⁴ João Camillo de Oliveira Torres assegurava que: “Se o segundo reinado surge diante de nós como uma unidade política assinalada por uma coerência de orientação e uma segurança de vistas sempre à altura dos acontecimentos, a razão disto estará, principalmente, na atuação admirável do Conselho de Estado” (1957, p. 186).

¹⁴⁵ URUGUAI, *Ensaio...*, p. 86.

porque o Conselho de Estado era um órgão apenas consultivo e quem resolvia, na verdade, as questões, depois que os pareceres dos conselheiros eram elaborados, era o Imperador, o qual, ao fim e ao cabo, decidia qual consulta ou parecer iria ser adotado para solucionar o caso. Em síntese, como o Conselho de Estado era um órgão apenas consultivo, logo não havia contencioso administrativo.

Os argumentos principais dessa corrente são os seguintes:

1º As opiniões dos conselheiros *eram meramente consultivas*. Nesse sentido, utilizam-se da própria auto-interpretação dos conselheiros sobre a sua própria atividade, uma vez que os próprios conselheiros se entendiam como membros consultivos. Assim, o Conselho de Estado não seria um tribunal porque não decidia, o que seria corroborado pelos próprios conselheiros à época. Em todas as ocasiões em que os conselheiros foram obrigados a, de alguma forma, tratar da natureza da sua própria atividade, sempre tiveram o cuidado de consignar que a sua atividade era apenas consultiva, cabendo a decisão final à Augusta pessoa.

LOPES, por exemplo, baseia-se nos críticos do contencioso do período.

Desde a reinstalação do Conselho em 1841, ocorreram inúmeras discussões sobre a inconstitucionalidade do órgão, já que o Conselho de Estado não tinha bases constitucionais, criado por lei ordinária. Nessa linha, o Conselho recebeu inúmeras críticas.

RODRIGUES¹⁴⁶ reproduz em sua obra algumas das discussões parlamentares em torno da reintrodução do Conselho. A questão da constitucionalidade do órgão conciliar reiteradas vezes apareceu.

2ª Uma segunda linha de argumentação dos críticos do contencioso administrativo, em certa medida contraditória com a primeira¹⁴⁷, refere-se à insuficiência do contencioso. Assim, a organização e a legislação do contencioso administrativo eram deficientes. Utiliza-se de uma citação do Visconde do Uruguai afirmando que o sistema do contencioso administrativo era um caos, onde não havia entrado sequer um raio de luz, exceto no contencioso administrativo fiscal¹⁴⁸.

A análise do contencioso administrativo brasileiro do período tem de ser feita também em

¹⁴⁶ RODRIGUES, José Honório. *O Conselho de estado: o quinto poder?* Brasília: Senado Federal, 1978.

¹⁴⁷ Isto porque os autores vacilam entre a inexistência do contencioso e depois recorrem a sua insuficiência. Ora, se há insuficiência é porque o contencioso administrativo existe. De outro lado, os autores não distinguem claramente entre a questão fática *da existência ou inexistência do contencioso administrativo no Império*, confundindo-a com outra questão diversa, referente à oposição feita ao contencioso administrativo por uma questão de princípio. Uma coisa é dizer que não se concorda com o contencioso administrativo, outra bem diferente é dizer que ele existe ou não em certo momento e lugar e confundir as duas afirmações é um erro grave que serve a encavalar dois planos distintos de argumentação.

¹⁴⁸ Dez entre dez, dos críticos do contencioso administrativo no Brasil-Império, citam uma frase do Visconde do URUGUAI, no sentido de desqualificar o contencioso então existente, na qual afirma que o único lugar em que havia contencioso administrativo era na área do Tesouro. Nas demais reinava o caos, onde não havia entrado sequer um raio de luz.

comparação com o modelo francês, o qual foi utilizado como modelo.

Até 24/05/1872, o Conselho de Estado francês não era independente¹⁴⁹. O órgão homônimo francês também era vinculado ao Poder Executivo. Isto, porém, não impediu que o *Conseil d'Etat* elaborasse boa parte de sua jurisprudência e conceitos importantes do Direito Administrativo. Os famosos conceitos de *excesso de poder* e *desvio de poder* já tinham ganhado vida e já eram utilizados há algumas décadas, até mesmo no Brasil¹⁵⁰. Nem mesmo a cultura revolucionária francesa, tão progressista, pôde jogar fora essa jurisprudência administrativa anterior a 1872, mesmo esta precisou conservar parcela importante desse desenvolvimento jurisprudencial. Afinal essas são conquistas da civilização.

Até então, o contencioso administrativo francês tinha um sistema de “*justiça retida*”, porque era uma justiça vinculada ao Poder Executivo¹⁵¹. Delegava-se a um órgão da administração fazer um julgamento da própria administração. Embora não fosse o sistema ideal, era desta maneira que funcionava no período. Assim também era no Brasil. Um órgão da administração julgava, seguido da decisão do Poder Executivo.

Foi somente com a reforma do *Conseil d'État* em 1872, que tornou o órgão independente, com um sistema de justiça plena, conferindo-se uma série de garantias aos juízes administrativos e criou-se um Tribunal de Conflitos, que passou a decidir as competências entre a justiça ordinária ou comum e a justiça administrativa.

A questão da eficácia das decisões da Justiça Administrativa em França só veio a ter um tratamento mais cuidadoso, após mais de século e meio de funcionamento do órgão¹⁵².

No Brasil, a justiça administrativa talvez caminhasse no sentido de conferir maior independência à justiça administrativa. No período, porém, esta foi uma escolha política dos estadistas do Império. Entendia-se, à época, que a administração e o governo tinham de seguir o seu curso, sem que sofressem interrupções ou interferências do Poder Judiciário.¹⁵³

No período, o Poder Executivo ainda reunia os poderes administrativo e governamental, mas

¹⁴⁹ ENTERRÍA, Eduardo García, *As Transformações da Justiça Administrativa...*, Ed. Forum, 2010.

¹⁵⁰ MEIRELLES, Hely Lopes (2004, p. 51). Acertada a observação do eminente mestre Hely Lopes Meirelles ao afirmar que o desenvolvimento do D. Administrativo no Brasil não se atrasou cronologicamente com relação às nações mais desenvolvidas.

¹⁵¹ Cf. ENTERRÍA, Eduardo García, *As Transformações da Justiça Administrativa*, Ed. Forum, 2010.

¹⁵² ENTERRÍA...*Idem*, – Capítulo – “*A Irrupção do Legislador Francês*”.

¹⁵³ O Marquês de São Vicente coloca que não seria conveniente colocar o andamento da pública administração na pendência rotineira da análise judicial. A Administração francesa seguia essa linha de raciocínio, cuja problematicidade apresenta toda sua tensão até os dias de hoje. O grande drama hoje é que estas questões não sejam colocadas com tanta clareza como eram no século XIX. Cf. PIMENTA BUENO, José Antônio. *Direito Público Brasileiro e Analyse da constituição do Império*. Rio de Janeiro: Typographia Imp. E Const. De J. Villeneuve E C., 1857.

já em processo de franca separação, como o demonstravam já as claras distinções feitas pelos juristas do período¹⁵⁴.

Opinião majoritária dos administrativistas e historiadores.

A maior parte dos administrativistas que tratam do contencioso administrativo no Império baseia-se na interpretação de que o órgão era consultivo e, portanto, não havia verdadeiro sistema de justiça administrativa. Outra parte dos administrativistas ignoram em grande parte esta atuação do Conselho. Essa compreensão errônea, em grande medida, se baseia no detalhe que a prof^a. Garner já havia chamado a atenção. Ela mostrou que o fato de o contencioso administrativo ter sido organizado por meio de um Regimento ajudou a ocultar a verdadeira fonte do sistema. Os juristas, baseados no que dizia a historiografia, iam buscar a Lei que reinstituiu o Conselho de Estado e não havia nada lá a respeito do contencioso administrativo, somente constavam aquelas atribuições tradicionais do Conselho relacionadas ao exercício do Poder Moderador.

Os administrativistas, então, baseiam-se em dois grupos: o daqueles que ignoram completamente a atividade de contencioso administrativo do Império e outro que, apoiando-se principalmente em observações de THEMÍSTOCLES BRANDÃO CAVALCANTI¹⁵⁵, entendem que não era um contencioso administrativo bem formado, bem delineado, ora apontando a sua insuficiência, ora a sua inexistência, e muitas vezes chamando a atenção para a questão da discussão sobre inconstitucionalidade. Este grupo vacila um pouco nas suas justificativas, pois partem do pressuposto de que o Direito Administrativo brasileiro moderno iniciou com a República.

Dessa forma, sublinham o fato de que seria um órgão *apenas* consultivo, baseados, em parte também na premissa, seja de forma implícita ou expressa, da visão comumente difundida sobre o Poder Moderador, o que acaba por reforçá-la ainda mais. O estereótipo tradicional não faz distinção alguma das funções desempenhadas pelo Imperador, simplesmente tomavam por certo que Imperador é quem decidia tudo e ponto final¹⁵⁶, sem levar em conta esse complexo sistema de atribuições, de divisão de tarefas, de organização dos poderes, de distinções de funções.

¹⁵⁴ Cf. URUGUAI, Visconde, *Ensaio sobre o Direito Administrativo*. Brasília: Série de Arquivos do Ministério da Justiça, 1997. O conselheiro RIBAS também acompanhava essa evolução.

¹⁵⁵ CAVALCANTI no prefácio da reedição da obra clássica de Uruguai.

¹⁵⁶ Nessa linha, pode ser citado um exemplo entre muitos: “Do mesmo modo que o direito francês e em grande parte sob sua inspiração, o direito administrativo brasileiro não nasceu, como ramo autônomo, enquanto esteve sob o regime da *monarquia absoluta*” (DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *500 Anos de Direito Administrativo Brasileiro*. Salvador: Número 10 – janeiro, p. 2).

Considerações sobre a Natureza do Contencioso Administrativo no Império

Na França, pátria de adoção do meteco *Benjamin Constant*, idealizador do *pouvoir neutre*, não havia poder moderador, de maneira que o *Conseil d'État*, na sua fase inicial, estava literalmente submetido ao poder executivo, vale dizer, ao governo¹⁵⁷, fato que levou os estudiosos a classificarem esta fase da justiça administrativa francesa como sendo a da justiça retida (*justice retenue*). Essa mesma classificação é adotada até hoje, para classificar o sistema de contencioso administrativo imperial brasileiro, com a diferença de que o Brasil – ao contrário da França, que deu independência aos seus órgãos de justiça administrativa – teria permanecido nesse sistema, ao invés de passar para o sistema da justiça delegada (*justice délégué*). Ousaria discordar. Gostaria de, se não afastar completamente essa afirmação, pelo menos relativizá-la ou matizá-la de alguma forma.

A estrutura das instituições do Império engendrou uma configuração especial ao sistema político e administrativo, permitindo ao Conselho de Estado não só figurar, a depender da função que exercia, numa posição de submissão ao Gabinete de Ministros – quando redigia e analisava projetos de leis e regulamentos e outras medidas que lhe fossem dirigidas –, como também de superioridade e inspeção com relação ao Governo, e não somente quando os Conselheiros prestavam assessoria ao Imperador nos casos de exercício do Poder Moderador. Esta posição de superioridade também ocorria nos casos contenciosos em que os próprios atos administrativos dos Ministros e demais agentes administrativos eram alvo de recursos e impugnações, provenientes de cidadãos e pessoas jurídicas por violação de seus direitos.

Essa observação, se não era aplicável totalmente a todas as funções das Seções administrativas do Conselho brasileiro, decerto era cabível à atividade contenciosa ali desenvolvida, e, em especial, a duas das Seções – a do Império e a de Fazenda. Essas duas Seções atendiam as áreas da administração, e, portanto, dos Ministérios, que suscitavam uma maior margem potencial de conflitos entre a Administração e os particulares. As Atas da Seção de Fazenda, embora disponíveis para pesquisa¹⁵⁸, não foram até o momento estudadas e analisadas com maior profundidade. Sabe-se, no entanto, que foi a área contenciosa mais bem desenvolvida. Com relação à Seção do Império, como visto, a atividade contenciosa recebeu estudos importantes.

Nesse sentido, a historiadora Lydia Magalhães Nunes Garner, após extensa análise das Atas e documentos produzidos, afirmou que as decisões da Seção do Império eram finais.¹⁵⁹ O imperante era o primeiro magistrado da nação. Teoricamente, haveria recurso à Coroa. No entanto, no caso de haver novo recurso, o Imperador iria ouvir o Conselho e teria início todo o processo. Dessa forma,

¹⁵⁷ URUGUAI, *Ensaio...*, p. 185.

¹⁵⁸ Disponível em <<http://www.brasiliana.usp.br/node/420>> (Acesso em 26/03/2013).

¹⁵⁹ GARNER, L. N. M., *A Justiça Administrativa...*, p. 179.

bem entendido, o imperante era de fato o supremo magistrado, mas se tratava do Imperador, em Conselho.

Havia no Conselho de Estado, portanto, uma superposição de diferentes funções, que antes de se contraporem, se complementam. Somente o caráter nominalmente consultivo permitiu esta elasticidade de atuação do Conselho de transitar livremente entre os diversos níveis das funções estatais. Esta era a ambiguidade do Conselho, que poderia ser vista de uma forma ou de outra conforme o lado que se o visse ou conforme a função desempenhada.

O Brasil, à seu modo, tomou parte nessa evolução do contencioso administrativo.

Havia claramente uma duplicidade de jurisdição no Brasil, embora não explicitamente na Constituição, o fato era que as decisões tomadas dentro do circuito do contencioso administrativo, ou justiça administrativa, no Conselho de Estado tinham um caráter de definitividade. E, a partir, do Regulamento 124, foram criadas diversas formas de julgamento de conflitos entre a autoridade administrativa e aquela judiciária.

De se notar a grande fragilidade do Judiciário no período, fruto direto não tanto do sistema em si, mas do lugar que o poder judicial e os juízes ocupavam na sociedade e na organização burocrática. Naquele momento notava-se uma falta de profissionalização não somente do Judiciário, mas do serviço público em geral. A burocracia ainda estava em vias de adquirir aquela eficiência e imparcialidade racional-legal, que só foi alcançada, pelo menos, em sua formulação teórica, no início do século XX¹⁶⁰. Aqui, não se pode deixar de observar o contraste imenso com o papel e posição que o Judiciário e o Juiz vieram a desfrutar no país durante a República, fruto, não somente da profissionalização, mas principalmente da adoção, entre nós, do sistema constitucional americano. Desde a Constituição de 1891, o Judiciário vem exercendo um papel de substituição da Política em muitas áreas.

Conclui-se o presente capítulo, com a constatação, pelo menos isto é o que se pretendeu demonstrar, de que, a partir do Regulamento n. 124 de 05 de fevereiro de 1842, houve efetivamente duas ordens jurisdicionais no período do Segundo Reinado do Brasil: uma no âmbito do Poder Executivo (ordem administrativa) e outra no âmbito do Poder Judicial, caracterizando o país como um sistema de jurisdição dúplice. E que, pelo menos, no nível da função contenciosa exercida pelas seções do Conselho de Estado – além, é claro, daquela de assessoria do Poder Moderador –, havia certa independência dos conselheiros com relação aos Ministros que representavam o Governo.

¹⁶⁰ SOUZA JÚNIOR, Cezar Saldanha, *Tribunal Constitucional ...*, p. 85-102.

Capítulo IV – Justiça Administrativa

4.1. Justiça Administrativa no Brasil

Direito Administrativo brasileiro.

Como visto, sempre prevaleceu na doutrina, entre os cultores do Direito Administrativo, a opinião da desimportância das atividades administrativo-contenciosas do Conselho de Estado brasileiro. A opinião fundava-se em que as Seções do Conselho, embora inspiradas no Conselho francês, exercera funções meramente consultivas, num sistema de dependência para com o governo (*justice retenue*), o que teria acarretado uma falta de criatividade, bem assim um comprometimento das decisões e conseqüentemente sua insuficiência¹⁶¹. E como na França a época de ouro do *Conseil d'État* deu-se somente a partir de 1872, quando houve a mudança para um sistema de justiça delegada, o que conferiu independência aos órgãos de justiça administrativa.

Durante o Império, haviam duas correntes de liberais. Uma favorável ao modelo inglês de monarquia constitucional. Outros preferiam a versão norte-americana.¹⁶² A última linha consolidou-se no movimento republicano. E dessa versão copiaram, dentre outros elementos, o modelo federalista e o sistema de controle jurisdicional (*sistema administrativo de jurisdição única*)¹⁶³.

Com a Proclamação da República, o governo provisório não tardou em abolir o instituto ao mesmo tempo em que organizou a justiça federal. O art. 15 do decreto-lei n.848, de 11 de outubro de 1890, estabeleceu que competia aos juízes seccionais os processos e o julgamento das causas que tivessem por origem atos administrativos do governo federal, e das ações que interessassem ao fisco nacional¹⁶⁴.

Por sua vez, a Constituição republicana, cuidou do tema nos art. 60, letras *b* e *c*.

Um sistema de controle jurisdicional único havia sido superposto a uma tradição anterior de contencioso administrativo relativamente bem sucedida.

¹⁶¹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *500 Anos de Direito Administrativo Brasileiro*. Salvador: Número 10 – janeiro.

¹⁶² OLIVEIRA TORRES, João Camilo, *Harmonia Política*, ed. Itatiaia, Belo Horizonte, 1961.

¹⁶³ Os dois tipos principais de sistemas administrativos foram aqueles vistos no Capítulo I.

¹⁶⁴ ARAGÃO explica como aquilo que entrava no contencioso administrativo do Império foi transferido para um justiça 'especial': "A exemplo da solução anglo-americana, a República de 1889 remeteu à justiça local dos Estados federados os litígios pertinentes ao direito privado e ao direito penal, reservando na justiça federal, considerada especial, um lugar para as questões que envolviam a União e os particulares" (ARAGÃO, J. Guilherme, *Justiça Administrativa...*, p. 04). Por que somente a União tem direito a uma jurisdição especial, que permite ter juízes especializados em questões administrativas? Na justiça comum, as questões administrativas entram no mesmo bloco de direito comum.

Com isso, a influência do direito administrativo americano ganhou importância¹⁶⁵ como uma maneira de se compatibilizar o direito aplicável com o respectivo sistema, embora essa questão das incongruências decorrentes das misturas de vários sistemas talvez não tenha sido percebido tão claramente quanto em períodos mais recentes¹⁶⁶. O fato, porém, é que depois das obras dos administrativistas do Império, que puderam conviver com um sistema de contencioso ao estilo francês – ambiente no qual se forjou o direito administrativo –, os estudos de direito administrativo ficaram congelados. A própria troca de regime teve um peso importante nesta conjuntura na medida em que a passagem para um sistema de jurisdição única e da ordem constitucional modificaram as chaves de compreensão do direito.

Um estudo mais sólido e sistemático da administração e do direito administrativo no país só se tornou realidade a partir da década de 30 nos governos de Getúlio Vargas e, especialmente, com a criação do *DASP – Departamento Administrativo do Serviço Público*.¹⁶⁷ A influência francesa a partir de então foi ainda mais notável, pois o nível de aperfeiçoamento e evolução alcançado pelo direito administrativo francês nesse meio tempo, desde a abolição do contencioso entre nós, fora realmente impressionante¹⁶⁸. O aporte do direito alemão, muito mais próximo da experiência francesa do que o norte-americano, já era também um elemento importante dentre as várias influências que se somaram na cultura publicística nacional¹⁶⁹.

Essa visão um tanto parcial do contencioso do Império resultou da soma de dois fatores: 1º) De um lado da *ausência de estudos sobre o funcionamento do órgão, que só vieram a ser feitas muito recentemente por historiadores*¹⁷⁰. 2º) Um trabalho consciente dos primeiros republicanos –

¹⁶⁵ MEIRELLES, Hely Lopes, *Direito Administrativo Brasileiro*, p. 52.

¹⁶⁶ Em períodos mais recentes, essa problemática recebeu maior atenção dos juristas mais sensíveis para a complexidade das adaptações institucionais. Autores como a prof^a BUCCI reconhece claramente esta problemática chamando a essas inconsistências de *contradições* que o Direito Administrativo brasileiro atual acaba por apresentar (BUCCI, *Direito Administrativo e Políticas Públicas*, Capítulo III – *Cinco Contradições do Direito Administrativo ou Os Marcos Jurídicos da Ineficácia da Administração Pública no Brasil*, p. 93-237).

¹⁶⁷ O DASP fora previsto pela Constituição de 1937 e criado por meio do decreto n.º 579/38, de 30 de julho. Era diretamente subordinado à Presidência da República, “... com o objetivo de aprofundar a reforma administrativa destinada a organizar e a racionalizar o serviço público no país, iniciada anos antes por Getúlio Vargas.” Foi responsável pela sistematização dos direitos e deveres do funcionalismo, com a criação, inédita, do Estatuto dos Funcionários Públicos Civis da União. Com a que de Vargas o órgão ficou esvaziado e com funções consultivas. Fonte: <<http://cpdoc.fgv.br/producao/dossies/AEraVargas1/anos37-45/PoliticaAdministracao/DASP>> (acesso em 26/03/2013).

¹⁶⁸ Credita-se a LAFERRIÈRE, a contar de 1896, o primeiro esforço de sistematização e coerenciação doutrinária do direito administrativo gaulês, a partir da jurisprudência do Conselho de Estado. ARAGÃO menciona que embora a decisão mais importante para a autonomização do novo campo tenha sido o Arrêt Blanco (1873), todo o seu conteúdo principiológico não foi aproveitado e desdobrado, permanecendo a decisão adormecida por mais de trinta anos (Justiça Administrativa no Brasil).

¹⁶⁹ Desse período são as primeiras obras do mestre gaúcho, RUY CIRNE LIMA, germanófilo e entusiasta do direito público alemão.

¹⁷⁰ Refiro-me aqui, evidentemente, aos trabalhos dos historiadores, José Honório Rodrigues, precursor dos demais, Lydia Nunes Magalhães Garner, que se dedicou a estudar extensamente o material produzido pela Seção do Império do Conselho de Estado e José Reinaldo de Lima Lopes, que se dedicou a pesquisar as atas da Seção de Justiça e Estrangeiros. DALMO DE ABREU DALLARI, na década de 1970, já reclamava da ausência de estudos a respeito.

juristas e políticos – no sentido de justificar as escolhas do novo regime, como o da unicidade de jurisdição, ao mesmo tempo em que procuravam desacreditar o antigo sistema de contencioso. O primeiro ponto já foi amplamente referido no trabalho, que se valeu da contribuição dos historiadores. Cabem algumas palavras sobre a segunda ordem de causas para o esquecimento do presente assunto, além do que já foi elucidado. Aqui apenas alguns exemplos são capazes de, por si, comprovar a tese.

No início da República, colocou-se o problema do aproveitamento do corpo de decisões do Conselho de Estado¹⁷¹. Mais especificamente interessava saber se sob a nova Constituição republicana haveria ou não um contencioso administrativo. Não demorou para que os estudiosos se debruçassem sobre o tema.

O primeiro autor a cuidar do tema foi Manuel Pedro Villaboim (1892), que dedicou tese para saber se havia contencioso administrativo diante da Constituição republicana.

Em seguida foi a vez de Masagão (tese, 1927, Largo do São Francisco), o qual concluiu que *em face da Constituição Federal de 1891 não havia contencioso administrativo no país*. O próprio Masagão, que estudou profundamente o assunto, apesar de tecer considerações extremamente elogiosas à atividade dos nossos conselheiros¹⁷², era um inimigo ferrenho do instituto. Ele mesmo levanta a tese, que foi confirmada neste trabalho, de que a extinção do Conselho de Estado por parte do Governo Provisório fora fruto, em parte, de um equívoco. Como a lei de criação do órgão em 1841 falava apenas que o Conselho iria assessorar o Imperador, muitos consideraram que ele seria apenas um apêndice do Poder Moderador, símbolo máximo da monarquia¹⁷³. Talvez se ele tivesse sido considerado também enquanto auxiliar do Poder Executivo a extinção não teria se dado de forma tão automática.

Da leitura de alguns escritos de Masagão, depreende-se que o que ele repudiava não era o Conselho de Estado em si mesmo, mas sim a função de contencioso que ele desempenhou no Império. Ele defendia que as funções ativas da administração deveriam ser atribuídas a órgãos singulares, para dar mais celeridade e eficiência ao trâmite dos negócios da administração, enquanto

Como não havia pesquisas historiográficas a respeito muitas distorções foram somadas o que causou a confusão de muitos estudiosos (*O Conselho de Estado e o Contencioso Administrativo no Brasil*. Revista de Direito Público, vol. 11, Ano III, Jan/Mar 1970, p. 33- 44).

¹⁷¹ GARNER, L. N. M., *Justiça Administrativa...*, p. 183.

¹⁷² MASAGÃO, lamentando a perda desse órgão colegiado, grande auxiliar da administração, diz que o Conselho do Império funcionou “com grande brilho”. (*Curso de Direito Administrativo*, 6ªed rev. e atual. São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 1977, p. 56).

¹⁷³ “O Governo Provisório instituído em 1889 entendeu que o Conselho de Estado era uma instituição peculiar à monarquia e por isso o extinguiu.” MASAGÃO, Mário, *Curso de Direito Administrativo*, tomo I, p. 72, *apud* DALLARI, Dalmo de Abreu, *O Conselho de Estado e o Contencioso Administrativo no Brasil*. Revista de Direito Público, vol. 11, Ano III, Jan/Mar 1970, p. 38. De fato, o Conselho de Estado entre nós, em sua formatação definitiva – Terceiro Conselho de Estado – caracterizada pela influência francesa (Conselho Administrativo e Governamental), jamais conseguiu se desvincular da associação com o Poder Moderador (Conselho Político).

que as matérias *consultivas* deveriam ser afetas a órgãos coletivos¹⁷⁴, como o havia sido o Conselho de Estado, inclusive.

Aos mais proeminentes republicanos, não faltou, porém, a clara noção de que seria preciso inviabilizar qualquer possibilidade de reintrodução do contencioso administrativo no Brasil. Rui Barbosa não poderia ser mais claro com relação a este alvo: “É certo que êle [contencioso administrativo] existiu sob o regime imperial...” e, em seguida afirma que a “Constituição republicana eliminou positivamente os elementos ao contencioso administrativo existente sob a monarquia, fechando a porta a toda tentativa ulterior para restaurá-lo”.¹⁷⁵

Como sob o regime do Estado Novo o contencioso administrativo ameaçasse novamente estender a sua malha aos organismos administrativos do Estado, isto preocupou muitos juristas que associavam o contencioso a momentos de autoritarismo.

Foi neste momento, então, que o grande mestre de Direito Administrativo, catedrático da Universidade de São Paulo, Mário Masagão entrou novamente em cena para dar o golpe de morte ao contencioso administrativo. Foi ele quem propôs com o brilho e a força de quem conhecia profundamente o assunto a tão prestigiosa *cláusula da inafastabilidade da apreciação judicial*, a qual desde então tem sido presença obrigatória nas constituições brasileiras. Eis o testemunho do autor:

“E em texto especial, incluído na declaração dos direitos e garantias individuais, tornou impossível qualquer tentativa de restabelecimento daquela monstruosidade, estatuinto no art. 141, §4º: 'A lei não poderá excluir da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão de direito individual.' Esse texto resultou de proposta que fiz em uma das subcomissões encarregadas de redigir o anteprojeto de Constituição, proposta que defendi, na Comissão de Constituição, de cerrado ataque que lhe moveu o Deputado AGAMENON MAGALHÃES. Defendemo-lo ainda no plenário da Assembléia Constituinte de 1946”¹⁷⁶.

Enfim, parecia que o fantasma do contencioso administrativo não estava tão morto assim...

Quem poderia dizer que a história da cláusula da inafastabilidade do controle judicial remontasse ao tão pouco conhecido contencioso administrativo do Império?

No entanto, há outras maneiras se articular o contencioso administrativo. Embora problemático em vários sentidos, o modelo francês é um bom exemplo de como se pode alcançar o equilíbrio bastante delicado entre a necessidade de se obter eficácia administrativa e garantia dos direitos dos administrados, em especial quando se separam o órgãos da chefia de Estado e chefia de

¹⁷⁴ MASAGÃO, Mário. *Curso de Direito Administrativo*, 6ªed rev. e atual. São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 1977, p. 51-57.

¹⁷⁵ BARBOSA, Rui, *Comentário*, vol. IV, p. 428, *apud* ARAGÃO, J. Guilherme, *A Justiça Administrativa no Brasil*.

¹⁷⁶ MASAGÃO, Mário. *Curso de Direito Administrativo*, 6ªed rev. e atual. São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 1977, p. 316.

Governo. Essa separação redundava em maior autonomia da Administração.

Da mesma forma, não se deve olvidar o caráter político-ideológico e doutrinal desse “esquecimento” do contencioso administrativo no Império. O novo regime republicano implantado no Brasil precisava lançar as bases de um novo sistema político e judiciário, as quais sob muitos aspectos eram antípodas do antigo sistema. E o Conselho de Estado, base da organização político-constitucional anterior, deveria vir abaixo, assim como o seu legado.

Aliomar Baleeiro, em análise à Constituição do Brasil de 1891, coloca a questão nos seguintes termos: “o *Governo Provisório dissolveu em breve prazo as duas casas da Assembléia Geral, o Conselho de Estado, as Assembléias Provinciais, conservando entretanto, o Supremo Tribunal de Justiça e as Relações existentes nas Províncias, pois o Judiciário se mostrou dócil e adesista*” (in *Constituições do Brasil – Centro de Ensino a Distância, Brasília, 1987, p. 11*)¹⁷⁷.

De fato, os artífices do novo regime não ignoravam a imensa importância do órgão para a monarquia brasileira. Ademais, a doutrina da harmonia e independência dos poderes clássicos poderia ser abalada se o poder executivo entrasse a estatuir sobre matéria de direito, posto que administrativa.

O terceiro Conselho de Estado, criação dos conservadores, gerou perplexidade nos liberais. Estes, presos a seus princípios abstratos de liberdade, jamais lhe desvendaram a natureza, transmitindo o enigma para a República, onde foi soterrado pelo desinteresse e esquecimento.

Excesso de Poder/Desvio de Poder

A questão doutrinal e que dizia com a própria legitimação do sistema republicano no Brasil certamente teve relação com a tardia recepção das figuras mais importantes do contencioso administrativo francês, muitas das quais já vinham sendo manejadas na época do Império no controle dos atos administrativos. No entanto, seria preciso contornar a jurisprudência e o legado do contencioso imperial, a fim de se realizar uma nova importação da maravilhosa técnica francesa, sem mediações – sem, por exemplo, o sistema do contencioso –, para a doutrina e jurisprudência nacionais. A doutrina e o casuísmo dos *writs* já começavam a mostrar a sua insuficiência!

¹⁷⁷ O trecho é extraído de MATHIAS, Carlos Fernando. *Notas para uma História do Poder Judiciário no Brasil*. Brasília: Fundação Alexandre de Gusmão, 2009, p. 215.

Desvio de poder

O desvio de poder é a figura central, angular do contencioso administrativo. Foi a partir da técnica engendrada com o desvio de poder que se desenvolveu todo o sistema de controle dos atos administrativos no regime administrativo francês, caracterizando-o como direito eminentemente pretoriano.

Não obstante a ampla voga e influência que o Direito Administrativo francês exerceu entre nós, o fato é que a doutrina clássica omitiu a teoria do desvio de poder. A omissão se estendeu desde meados do século XIX, com os livros pioneiros de Pereira Rego (1857), Veiga Cabral (1859), Visconde do Uruguai (1862), Ribas (1862), até os primórdios da República, nas obras de Viveiros de Castro (1914), Carlos Porto Carrero (1918), Oliveira Santos (1919) e Aarão Reis (1923). Segundo, Caio Tácito, que explorou extensamente o assunto, *esses autores silenciaram completamente sobre o tema*.¹⁷⁸

Dali para diante, mesmo com referências esparsas na doutrina sobre o desvio de poder, foi somente com Seabra Fagundes que o tema recebeu a devida atenção na sua clássica obra *O Controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário* (1ª ed., 1941). Em tratamento sistemático da figura jurídica, o autor firmou de vez a finalidade como um dos elementos essenciais do ato administrativo, ao mesmo tempo em que fixou o *desvio de finalidade* como o vício que corresponde à prática do ato em desacordo com o escopo delineado pela lei, consolidando-o como o grande defensor do controle judicial dos atos administrativos. À expressão desvio de poder, tradução do original francês *detournement de pouvoir*, Seabra Fagundes preferiu a denominação *desvio de finalidade*. Depois de publicada a obra, ele continuou defendendo a figura jurídica como remédio judicial para o vício¹⁷⁹.

Realidade análoga repetiu-se na jurisprudência. Os sólidos fundamentos teóricos permitiram que o então Desembargador Seabra Fagundes lançasse voto notável, que fundamentou a decisão, em 28 de julho de 1948, do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Norte, na qual houve clara e precisa invocação da teoria do desvio de poder. O caso ganhou comentário de Victor Nunes Leal (*Revista de Direito Administrativo*, v. 14, p. 52-82) e passou a ser o *leading case* sobre a matéria. Digno de referência é a notável semelhança que o caso do Rio Grande do Norte guardava com a situação fática de que cuidou o caso *Lesbats*¹⁸⁰. A figura ganhou a jurisprudência nacional,

¹⁷⁸ TÁCITO, Caio, *Teoria e Prática do Desvio de Poder*, RDA, vol. 117 – jul/set 1974, p. 8.

¹⁷⁹ *Idem, ibidem...*, p. 11.

¹⁸⁰ “Tratava-se do julgamento da legalidade do ato da Inspeção Estadual de Trânsito que estabelecera, no uso de poder discricionário, o horário de funcionamento de empresa de transporte coletivo entre a capital e cidades vizinhas. A anulação do ato fundou-se na prova de que em verdade a determinação dos horários visara favorecer outra empresa, assegurando-lhe a clientela nas horas nobres da locomoção de passageiros entre as localidades, em detrimento do concorrente.” (*Idem, ibidem*, p. 10).

estendendo-se a várias searas da atuação administrativa – de desapropriações a poder disciplinar no funcionalismo público – chegando à legislação (Lei n.º 4.717, de 29/06/1965, art. 2º).

O conflito administração-jurisdição. Um conflito de funções ou apenas de poderes?

Pimenta Bueno analisa a questão no seu “*Análise e Comentário à Constituição Política do Império*”¹⁸¹. No Brasil, fez-se uma escolha política visando a preservar o governo e a administração no cumprimento de suas funções, contra uma eventual interferência do Poder Judiciário. Pimenta Bueno chega a referir o seguinte: imagine se cada obra de melhoramento, de estradas, obras públicas, fossem interrompidas a cada momento, porque o Poder Judiciário a suspendeu. Ele reconhece a força do argumento que põe em relevo que seria a própria administração que se julga a si própria, mas chama a atenção que o ministro da área específica de determinada seção não poderia atuar.

De outro lado, se fosse dado independência total ao Conselho de Estado, isto significaria passar por cima do governo e oferecer resistências à administração-ativa, à ação governamental, o que, segundo Pimenta Bueno, não seria desejável, até porque se isto acontecesse, não seria possível responsabilizar o próprio governo¹⁸², que era tão caro a um sistema parlamentar de governo. Isto porque, além da fiscalização externa do Poder Moderador, havia a própria cidadania que poderia modificar o governo, nas eleições, pelo menos teoricamente. Se o governo é impedido e bloqueado em sua ação, ele não poderia ser responsabilizado.

Bem assentados a posição e as funções do Conselho de Estado no quadro maior das instituições imperiais, pode-se melhor aquilatar a natureza e a importância histórica do órgão na evolução das instituições e funções jurídicas do Estado.

¹⁸¹ *Op. Cit.*, p. 286-287.

¹⁸² Note-se que hoje com a acumulação do Governo, Estado e Administração num mesmo cargo unipessoal levou ao entendimento inafastável da irresponsabilidade governamental, reconhecida por todos, mas não declarada, que tantos malefícios têm causados às instituições brasileiras, impactando o sistema político como um todo.

4.2. Influência da França no Brasil

Papel (histórico) do Conselho de Estado

Um dos objetivos mais prementes que se pretendia com a reinstalação do Conselho de Estado era a *restauração da autoridade do Estado imperial*, gravemente comprometida, com a descentralização empreendida com as reformas políticas da fase da Regência. Em outras palavras, o resgate de um princípio de lei e ordem, que poderia ser alcançado a partir de uma centralização político e administrativa¹⁸³. Bem entendido, centralizado naquilo que não contrariasse a Constituição e a ordem legal vigente.

Nos *Estudos Práticos Sobre a Administração das Províncias do Brasil*, o Visconde do Uruguai afirma: “Quem ler as citações e exposições que faz este livro há de reconhecer que é o Conselho de Estado quem, na obscuridade, tem trabalhado mais para montar o país e firmar as boas doutrinas, sem que daí infelizmente tenham sido colhidos notáveis resultados”(URUGUAI, V., 1865: XLVI-XLVII).¹⁸⁴

França e Brasil-Império

Se como bem apontou ARAGÃO¹⁸⁵, o Conselho de Estado brasileiro não passou, à luz das fases de evolução do congênere francês – fases essas que atenderam, no país de origem, às peculiaridades políticas e históricas do país em que nasceu e se desenvolveu –, da fase do Conselho de Estado napoleônico de *justice retenue*, é preciso dizer que, no quadro das instituições do Império, das condições do país naquele momento, o Conselho brasileiro foi muito além, cumprindo uma função histórica diferente. E isso não só pelas modificações e pelo momento posterior em que veio à existência e se ambientou no Brasil – 1841/1842, mais de quatro décadas depois da criação de Napoleão.

A própria posição do Imperador no Brasil – conforme parâmetro constitucional – já era bem diferente da figura do Imperador francês – e mesmo do Cônsul¹⁸⁶ – bastante marcada pela figura política e pessoal de seu ocupante, homem de gênio político e militar fora do comum. Enquanto no Brasil, o constitucionalismo liberal e sua evolução moldou a figura do Imperador-Moderador,

¹⁸³ GARNER, *In Search of Order*, *passim*.

¹⁸⁴ URUGUAI, Visconde do Uruguai *Op.Cit. Loc. Cit.*

¹⁸⁵ ARAGÃO, *La Jurisdiction Administrative...*; e, em outro lugar, *Justiça Administrativa no Brasil*, p. 4.

¹⁸⁶ No período da Restauração em França, o fato da vinculação do Conselho de Estado aos Ministros preocupava a muitos, inclusive ao criador e grande defensor do poder ministerial: “Benjamin Constant participava das desconfianças do novo regime em relação a este instrumento do regime precedente. Ele estava ligando à aristocracia imperial, ele dominava os ministros. Tinha-se a impressão de que era inconciliável sua existência com a instituição parlamentar e o conselho de ministros autônomos e responsável”. In RODRIGUES, José Honório, *Op. Cit.*, p. 16.

neutro e imparcial, árbitro último dos conflitos entre os poderes e de possibilidades bastante reduzidas enquanto governante – especialmente pela prática do Parlamentarismo – na França, a figura incontestável de Napoleão, autoritária, era exigência da consolidação de um novo regime e dos valores da Revolução. E a posição constitucional e caráter do chefe de Estado influenciaram sobremaneira a relação que este tinha com o Conselho de Estado.

Com Napoleão, a figura do Imperador era tudo: detinha, além da chefia de Estado, todo o poder e iniciativa do poder de governo. No Brasil, ao contrário, havia uma clara distinção entre o chefe de Estado e o chefe de Governo. E mesmo as decisões do Conselho, em contencioso, ainda era um poder negativo ou de controle da administração e de seus agentes. Mesmo julgando a Administração, os julgadores do contencioso administrativo não podiam se substituir ao administrador ativo que pratica e preenche de conteúdo os atos administrativos. Essa, aliás, é a própria origem do contencioso administrativo de nulidade.

Tal configuração do Conselho que engendrou a possibilidade dessa modalidade específica de contencioso administrativo durante o Império. E mesmo na terra dos fundadores do contencioso administrativo, o formato da justiça homologável permaneceu análoga com a estrutura brasileira, a qual permaneceu inalterada, durante todo o Império. No caso francês, onde não houve rupturas no que concerne à estrutura do contencioso, importantes e definitivas modificações, em direção a uma efetividade jurisdicional mais efetiva, só viria a ocorrer mais de século e meio do marco original do órgão, nas reformas mais recentes da justiça administrativa rumo a uma efetividade jurisdicional maior¹⁸⁷.

Sem embargo, foi dessa evolução da jurisprudência do Conselho de Estado que surgiu, mesmo na fase da *justice retenue*, a maravilhosa técnica – geral e uniforme – do controle dos atos administrativos em torno da figura do *Excès de Pouvoir*, da qual foram extraídas inúmeras e preciosas distinções na análise dos elementos externos e internos dos atos administrativos e de onde foram desdobradas inúmeras espécies de controle. Essas distinções que hoje ganharam a doutrina como se fossem criações de princípios gerais e abstratos, apriorísticos, quando, na verdade, são fruto do mais puro realismo jurídico, dos casos, da jurisprudência do *Conseil d'État*.

A seguir, vão algumas considerações à guisa de conclusão (paralelos).

Nos dois casos o Conselho de Estado foi utilizado como órgão de centralização política e administrativa, situado dentro do processo mais amplo da própria centralização política do Estado Moderno, especialmente no período posterior às Revoluções Liberais que deram um peso especial ao princípio da legalidade. Este princípio foi fundamental na configuração do Estado de Direito e foi utilizado para controlar a própria atividade estatal, a qual, em especial com relação com o cidadão, gerou o Direito Administrativo Moderno.

¹⁸⁷ v. ENTERRÍA, *Eduardo García, As transformações da justiça administrativa: da sindicabilidade restrita à plenitude jurisdicional...*, em especial os capítulos VIII e X. Naquele relata as reformas mais importantes da justiça administrativa em França que consolidam o sistema; neste retoma a irradiação dessa mudança de paradigmas a todos os países que se inspiraram no modelo francês.

Os dois Estados situaram-se dentro de uma linha de desenvolvimento do Estado Liberal Clássico.

No caso brasileiro, somente quando chegava ao Conselho de Estado, havia mínima, embora decisiva participação do Imperador. Na maior parte dos casos, as questões se resolviam ao nível das repartições ou através de decisões do ministros.¹⁸⁸ É por isso que o sistema brasileiro pôde ser classificado, no que se refere às fases por que passou a jurisdição administrativa, como sendo aquela que corresponde à fase do *administrador-juiz* ou do *ministro-juiz*¹⁸⁹.

Nessa linha, pode se caracterizar que o Conselho de Estado serviu de veículo para a operacionalização e consolidação de uma autoridade racional-legal nos dois Estados, utilizando a expressão de Weber. No entanto, no caso brasileiro havia ainda muitos elementos e estruturas do Antigo Regime, próprio das estruturas anteriores. Evidentemente que, no Brasil, esta obra não foi plenamente realizada.

4.3. Diversas Formulações Possíveis

Os modelos de Estado de Direito, como se tentou mostrar, guardam estreita relação com a forma de organização dos poderes e funções.

É perfeitamente correto, diante do que foi visto até aqui, afirmar a total compatibilidade e viabilidade de se alocar funções administrativas a órgãos judiciais, como funções jurisdicionais a órgãos administrativos.

Esta idéia é tão reconhecida no mundo que nos países europeus chega até mesmo a ser um truísmo. A experiência do Direito Comparado demonstra exemplos de contencioso administrativo ou de justiça administrativa em muitos países: França, Portugal, Espanha, Bélgica, Alemanha (Justiça Administrativa).

Em França, a experiência revolucionária forjou em bases muito sólidas o *Conseil d'État*, instituição já multissecular e estratégica às instituições. É conhecido o preconceito dos revolucionários franceses com relação aos juízes, devido às lealdades destes com relação ao antigo regime. Por isto preferiram reservar a decisão de questões que envolvessem os entes públicos a um órgão pertencente ao Executivo.

¹⁸⁸ Este aliás foi o objeto da crítica de Tavares Bastos que criticava fortemente a tendência verificada no Império de se concentrar uma grande quantidade de decisões, às vezes de menor importância, nas mãos dos ministros (*Cartas do Solitário*, p.).

¹⁸⁹ ARAGÃO, J. Guilherme, *Testemunhos...* No Brasil, a mudança de paradigma na atuação estatal foi bem percebida por juristas do quilate de BILAC PINTO em *Da regulamentação dos serviços de utilidade pública* (Forense, 2ª ed., Rio de Janeiro, 2002).

Assim, seja no caso da criação de uma justiça administrativa especializada e independente, ou de um Conselho de Estado, estar-se-á igualmente em zona, em larga medida, em território de comunicação e até junção entre administração e jurisdição, enquanto funções idênticas sob aspectos essenciais, tal como exposto na primeira parte. Não é por outra razão que o formidável homem político que foi Assis Brasil, tenha concebido o modelo da nossa Justiça Eleitoral, que tem por maiores atribuições funções eminentemente administrativas.

O debate ocorrido na Europa, em especial em França e Alemanha, antes de definir se a análise de questões administrativas vai caber a um órgão pertencente ao Poder Executivo – contencioso administrativo *stricto sensu* – ou ao Poder Judiciário, caso em que vai se chamar de justiça administrativa – caso alemão –, consistiu, em última medida, em saber se a competência para análise dessas questões será atribuída a um órgão especializado em parte ou *in totum*, ou se o controle dos atos administrativos que afetem direitos dos cidadãos vai ser atribuído à justiça comum.

No caso alemão, pela própria concepção de *Rechtsstaat*, onde se busca em primeiro lugar a proteção da ordem e autoridade do Poder Executivo, percebe-se claramente estas distinções, pois neste é “o ordenamento que precedia a existência de direitos, não o contrário”, como muito bem apontou o professor José Reinaldo de Lima Lopes.¹⁹⁰

Na Alemanha, o sistema da justiça administrativa só ganhou substância no último terço do século XIX, “como solução de compromisso entre o controle judicial completo dos atos administrativos pela justiça comum ou ordinária, e a manutenção do sistema anterior pelo qual a administração mesma decidia da legalidade de seus atos. O compromisso consistiu em estabelecer tribunais de competência, procedimento e regras exclusivas para o julgamento dos atos administrativos que afetassem direitos dos cidadãos”¹⁹¹, **vale dizer, especializou-se.**

É preciso haver diálogo entre os dois lados da pirâmide, vale dizer, entre o direito e a política. E a prática política e institucional entre os órgãos estatais o demonstram à exaustão.

Não só deve haver diálogo estreito e profundo conhecimento mútuo entre Administração e Poder Judiciário, como há propriamente uma zona de interseção e coexistência entre Administração e Poder Judiciário, não somente pela identidade ontológica das funções, como também pela mesma racionalidade, inclusive de nível de aplicação do direito (nível dos fins imediatos).

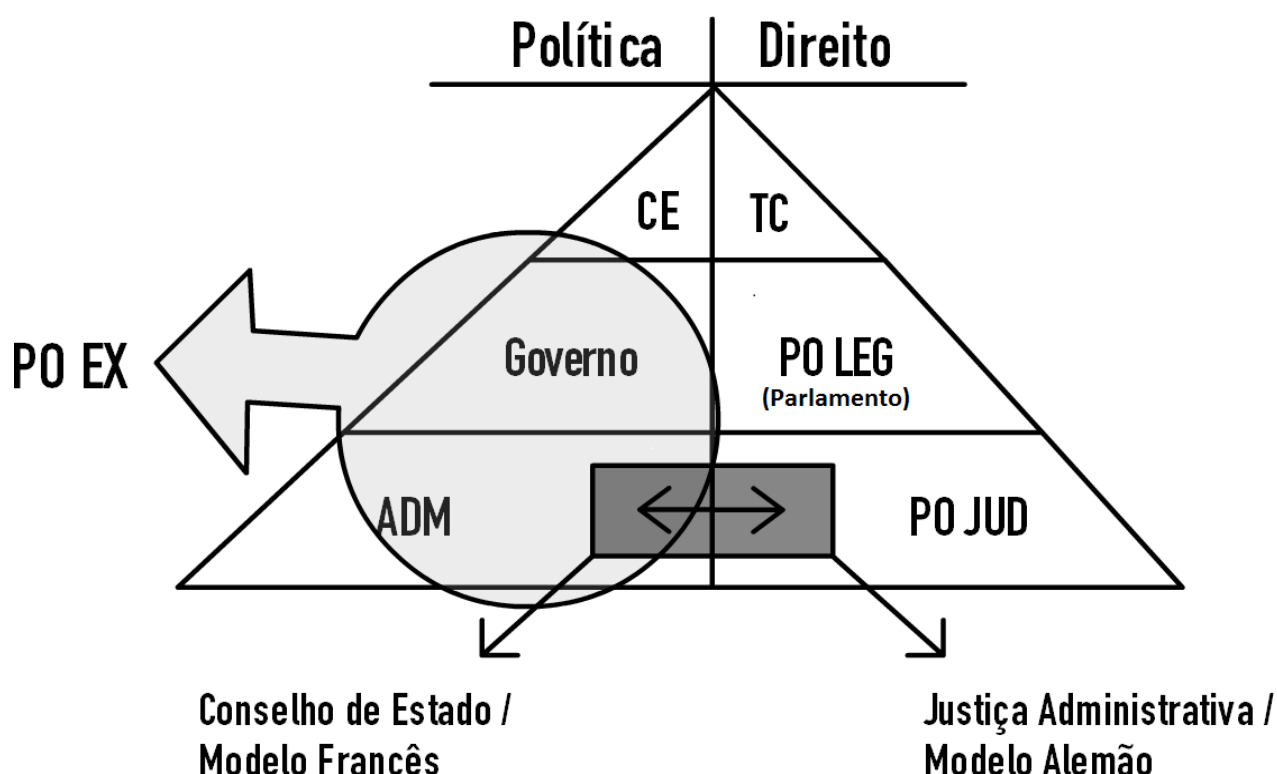
Tanto existe esta zona de interseção perfeitamente identificável que passa a ser uma questão de simples escolha ou de política constitucional, criar um órgão que puxe para um lado criando-se

¹⁹⁰ Cf. LIMA LOPES, José Reinaldo. *O Oráculo de Delfos: o conselho de estado no Brasil-Império*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 139 e seguintes.

¹⁹¹ *Op. Cit.*, p. 140. Para o caso alemão, LIMA LOPES se vale das lições de STOLLEIS, Michael (1992). *Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland*. München: Verlag C. H. Beck, v. 2 (p. 241-3).

por exemplo, uma Justiça Administrativa, caso seja inserida organicamente, dentro da estrutura do Poder Judiciário, como para o outro – lado da política – quando se criará, como se criou, inclusive no Brasil, um órgão chamado Conselho de Estado, pertencente à estrutura da Administração. As soluções de compromisso, como foi visto, variam de país para país.

Esta divisão de trabalho com a atribuição de funções a órgãos políticos e administrativos a partir de um escalonamento das funções estatais em níveis, havendo uma parte eminentemente política e outra jurídica, pode ser vista no gráfico¹⁹² que segue. A primeira forma as políticas públicas livremente deliberadas, a segunda é representada pelos níveis do próprio ordenamento jurídico.



O importante aqui é reconhecer-se estes pontos de contato e reforçar-se o diálogo institucional.

Em qualquer dos dois casos, seja pela criação de uma Justiça Administrativa, seja de um Conselho de Estado, o essencial é que haja uma especialização do órgão que trate de controlar os órgãos administrativos e um reconhecimento de que muitas vezes são lógicas diferentes a que trata dos casos entre particulares (justiça comutativa), de um lado, e aquela envolvendo a Administração e particular de outro (justiça distributiva).

Há que se lançar mão, inclusive, de justiças diferentes e até mesmo sistemas de direitos

¹⁹² As siglas do gráfico abaixo significam: CE – Chefe de Estado; TC – Tribunal Constitucional; POLEG – Poder Legislativo; POEX – Poder Executivo; POJUD – Poder Judiciário; ADM – Administração.

diversos. Num caso, há um corpo milenar de direito, sistematizado e codificado, de origem latina – o Direito Civil, instrumentalizado de forma mais adequada pela Justiça Comutativa. De outro, foi desenvolvendo-se sobre as bases do anterior – não cabe a mais mínima dúvida – um Direito Administrativo, construído a partir da procedimentalização dos atos estatais¹⁹³, o que se pode vislumbrar claramente, dentro da concepção germânica do *Rechtsstaat*, onde se tem em conta a precedência da ordem estatal e política como garantidora dos direitos, a partir da instrumentalização lógica (por assim dizer) da justiça chamada distributiva.

Não é por outra razão que o Direito Administrativo somente ganhou existência e seu maior desenvolvimento a partir do momento em que foram reconhecidos e criadas instituições políticas situadas e localizadas dentro desta nova realidade sócio-política e histórica. Assim é que o Direito Administrativo francês inaugura uma fase paradigmática do Direito Administrativo, verdadeiramente fundadora, modelo para os países de tradição romano-germânica, como a Alemanha e o Brasil, o que só foi possível a partir do Conselho de Estado.

Da mesma forma, o Direito Administrativo alemão somente ganhou o estatuto de “ciência”, nas palavras de Otto Mayer, a partir da institucionalização da Justiça Administrativa no final do século XIX, modelo que somente foi aperfeiçoado com o correr dos anos, com a criação do *Verwaltungsgerichtshof* – Superior Tribunal Administrativo¹⁹⁴.

Nesse caso, pode-se dizer que o desenvolvimento de um campo inteiro do Direito Público necessitou fundamentalmente do carimbo da Política.

4.4. Aproximação dos Sistemas Administrativos: Rumo a Uma Tutela Judicial Efetiva

Muita água correu desde o contencioso administrativo brasileiro do Império, que não obstante a sua obsolescência, ajuda a trazer mais inteligibilidade à análise dos sistemas jurídicos administrativos no mundo ocidental, bem como para as escolhas juspolíticas adotadas.

Algumas das modificações mais importantes podem ser mencionadas: a) Nomenclatura: à clássica expressão “contencioso administrativo” se tem preferido denominações como “jurisdição

¹⁹³ Os Juízes comuns não tinham, então, o conhecimento, o *know how*, por assim dizer, e a formação necessárias para estabilizar aquele novo campo do Direito que se abria e trabalhar em cima dele. Mesmo hoje, com toda a sistematização dos diversos campos e matérias do Direito Público e Privado, há um grande descompasso no atribuir competências de jurisdição comum e administrativa para o mesmo juiz. O magistrado consciencioso percebe a necessidade de especialização e a diversidade de problemas que se oferecem numa área comparativamente com a outra, as quais necessitam de extensa formação e longa meditação dos respectivos problemas, tanto numa área como na outra.

¹⁹⁴ LIMA LOPES, José Reinaldo. *O Oráculo de Delfos: o conselho de estado no Brasil-Império*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 140.

administrativa”, “justiça administrativa, etc.; b) Institucional: na França (que mereceu mais atenção no estudo), substituição dos tradicionais Conselhos de Prefeitura por “Tribunais Administrativos”; c) de Ordem Funcional: definiu-se melhor os critérios para a fixação da competência, além da sistematização dos recursos administrativos; d) Efetividade: sempre houve grande preocupação com a efetividade da justiça administrativa, que se viu coroada em França com a reforma de 1995, que confere ao juiz administrativo poder executivo.

Permanece a classificação entre um sistema de unidade de jurisdição e outro de jurisdição dúplice, ou ainda, dito de outro modo, do sistema que separa as ordens jurídicas de direito comum de uma lado e de direito administrativo de direito, como no caso francês, ou as integra no seio do Poder Judiciário como no caso alemão.

Os dois sistemas jurisdicionais originais (1- sistema franco-alemão; 2- sistema anglo-saxônico), todavia, já não subsistem em estado puro, houve uma evolução de concessões recíprocas que, em última análise, conduziram ao primado funcional do sistema de dupla jurisdição.

A discussão, clássica e importantíssima não se tem a menor dúvida, entre DICEY e JÈZE encontra-se superada. O confronto, todavia, só pode ser entendido no contexto do século XIX e início do século XX de um Estado Liberal em que ainda não se haviam assimilado as questões envolvendo direitos da sociedade de massas e do Estado Social e intervencionista, as quais deram novos contornos ao Estado de Direito.

Ela reflete uma oposição entre o sistema anglo-saxônico de um lado em que as questões envolvendo a administração deveriam ser decididas no âmbito do direito comum e o sistema francês, que já antecipara então a novidade e imensa relevância dessas novas questões de interesse geral, sistema que DICEY compreendia como regime de Direito Administrativo, estando fora do RULE OF LAW¹⁹⁵.

O modelo francês soube, seguindo a sua linha evolutiva, apresentar soluções para garantir uma defesa jurisdicional cada vez mais efetiva no âmbito da ordem administrativa. O estudioso do tema, ex-Diretor Geral do DASP e que recebeu o influxo da escola de administrativistas franceses, J. Guilherme de Aragão coloca-o em termos muito precisos¹⁹⁶:

Haveria razão em Dicey, se o contencioso francês ainda atuasse na sua época, sob o sistema do “Administrador-Juiz” ou, mais rigorosamente, do “Ministro-Juiz”, isto é, por meio de um julgador pertencente à administração ativa. Mas desde 182, que se instituiu na França o regime de jurisdição autônoma, ou seja, de “justiça delegada”, no qual o juiz-administrador é independente do corpo administrativo. Sua ligação com a Administração reduz-se, isto é ao bom conhecimento da matéria administrativa. Sua autonomia jurisdicional em nada infirma ou derroga o exercício do Poder Judiciário. Apenas o juiz judiciário possui uma competência possui uma competência de atribuição em Direito Privado e Penal, e o juiz administrativo a possui em Direito Administrativo.

¹⁹⁵ ARAGÃO, J. Guilherme, *Estudos e testemunhos na rota do Direito*, Brasília, 1982.

¹⁹⁶ *Op. Cit.*, p. 216.

O maior desmentido à defesa do unitarismo da escola anglo-saxã, não obstante, veio dos fatos, que demonstraram a insuficiência do modelo unitário. A presença inexorável de organismos administrativos jurisdicionais funcionalmente isentos de controle judiciário alastrou-se pela Inglaterra e Estados Unidos. No direito administrativo anglo-americano apresenta-se claramente a dualidade de órgãos manifestada no binômio “*Tribunals*”- “*Courts*”. A jurisdição administrativa cabe ao Tribunal, ao passo que os temas do Poder Judiciário ficam a cargo das Cortes.

O Prof. J. F. Garner, da Universidade de Birmingham apresentou para o ano de 1963 a impressionante cifra de 2000 (dois mil!!) Tribunais para atender a categorias de litígios especiais resultantes da atividade de um Estado fundado no Bem-Estar Social. “Claro – justifica-o o Prof. Garner – se as questões afetas aos Tribunais (administrativos) fossem trazidas perante as Cortes, ficariam estas traumatizadas pela plethora de feitos”.¹⁹⁷

A maior contribuição do sistema gaulês foi ter demonstrado nos passos e contrapassos de sua evolução histórica, jurisprudencial e política a possibilidade real e concreta de um equilíbrio bastante salutar, mantendo a sua especificidade mais característica: *independência em face do governo e administração ativa* (de se notar que esta capacidade é realmente testada nos momentos de crise¹⁹⁸) juntamente com a especificidade de deter o pleno conhecimento das questões administrativas. Isso porque o corpo de juízes administrativos do Conselho de Estado detém um duplo estatuto: podem atuar assessorando e prestando consultoria à administração e poder legislativo nas funções consultivas, mas decidindo os casos de contencioso. A especialização dos funcionários e divisão de trabalho no Conselho francês é bastante complexa. Neste ponto, o sistema francês ofereceu uma resposta à célebre crítica do DUQUE DE BROGLIE, demonstrando que é utilíssimo uma justiça administrativa independente no seio da administração que ao mesmo tempo a fiscalize e a aprimore, com um olhar qualificado.

À luz da evolução do contencioso, não se pode olvidar de sua importância. Contencioso não é e não poderia ser, como ocorre entre nós, sinônimo de submissão do administrador à vontade discricionária dos governantes ou das autoridades superiores. Essa compreensão de senso comum é resultado da crise sistêmica da administração no Brasil em grande medida efeito da cumulação da chefia de Estado, chefia de Governo e chefia de Administração em cargo unipessoal da Presidência da República. A administração pública de fato não é independente no país.

Quando um governo assume o poder, automaticamente e com a maior sem-cerimônia passa a aparelhar a máquina estatal com pessoas do partido e em troca de apoio político, ou seja, os cargos da administração são objeto de barganha política e para a promoção de interesses ilegítimos.

¹⁹⁷ *Apud* ARAGÃO, *Op. Cit.*, p. 219.

¹⁹⁸ Quem representa e encarna a unidade da ordem jurisdicional em França é o seu vice-presidente, figura chave e indispensável na organização do *Conseil d'État*: “ Os vice-presidentes têm tido um papel essencial para que sejam conservadas as prerrogativas e condições de funcionamento da instituição sempre que elas sejam colocadas em cheque pelo poder político” (tradução livre extraída de: MORLOT-DEHAN, Clotilde, *Le Président de juridiction dans l'ordre administratif*, 2005, p. 556).

Aceita-se que a Administração seja assim, que o governo seja assim, que o contencioso que temos seja assim, porque temos o Judiciário... A pergunta que fica é: até quando? E quando o judiciário for aparelhado por interesses espúrios e ideologias antidemocráticas, revolucionárias ou totalitárias?! O judiciário também será vítima do sistema. Mesmo que o judiciário fosse muito melhor, não se pode admitir o caos e o amadorismo da Administração Pública brasileira, fruto do casuísmo, despreparo, loteamento, falta de planejamento. Fala-se do problema dos governos temporários, mas o fato é que mesmo governos que duram 8, 10, 15 anos no poder pouco se têm feito para a mudança desse quadro.

Uma saída seria a própria Administração se beneficiar do profissionalismo do judiciário, de sua estabilidade e independência, integrando-se uma justiça administrativa na administração e para o julgamento do contencioso administrativo.

Descreveu-se, no trabalho, o contencioso brasileiro tal como se constituiu e operou no século XIX e paralelismo com o seu modelo francês. Aliás, o próprio sistema francês demonstra acima de qualquer possibilidade de dúvida a existência concreta de um sistema de contencioso administrativo independente em face do governo.

Com relação ao contencioso brasileiro da fase imperial, é necessário prevenir *anacronismos*. Não se pode, ao se julgar o contencioso administrativo do Império, desconsiderar as circunstâncias e limitações da época em termos econômicos, sociais, etc., ou considerá-lo a partir do enorme desenvolvimento do Direito Administrativo francês que teve ele mesmo como marco dessa evolução justamente o período que corresponde aos últimos anos de nosso regime imperial e início da República. Fazê-lo significa incidir em grave erro de perspectiva.

Também por isso este trabalho limita-se a um comparativo com o período imperial, mostrando na sequência de forma muito sucinta como o Direito Administrativo republicano assimila importações e recebe influência sem mediações num sistema de jurisdição única. Esses e outros erros de perspectiva tornaram difíceis se não impossível rastrear a origem de muitas incompatibilidades e problemas de funcionalidade, a não ser adotando-se um método histórico-comparatista de escopo muito modesto, porém desprovido de prevenções de ordem doutrinal ou ideológica.

Essa retrospectiva das escolhas e rotas institucionais pode ajudar a entender melhor as raízes do estado atual de coisas, senão apontando para soluções pelo menos ajudando a enriquecer o debate.

Para citar um último exemplo prático que tem muita pertinência com o objeto deste trabalho: a questão do Estado ou mesmo da assim chamada Fazenda Pública em juízo. Ninguém ignora que um dos maiores problemas do Judiciário brasileiro hoje assim como no mundo é o problema do imenso número de demandas, sendo o poder público o maior responsável por isso, seja em juízo, seja na antessala do Poder Judiciário, a esfera administrativa que não consegue se desincumbir bem

de suas responsabilidades na garantia de direitos e serviços públicos básicos, o que por sua vez é uma causa significativa para o grande número de demandas envolvendo o Estado. Com efeito, o tema do contencioso ou da justiça administrativa toca em cheio nessa questão. É preciso enfrentar esses problemas e colocar o dedo na ferida por assim dizer.

Num país em que tanto se fala de cidadania e que já adentrou de há muito no rumo do Estado Social, é necessário que se reconheça com clareza que não conseguimos ainda resolver problemas básicos da cidadania. Veja-se o problema gravíssimo da segurança pública. O Brasil registra uma das maiores taxas de homicídio do mundo com uma média otimista de 50 mil homicídios por ano, números próprios de países em guerra externa ou interna (civil). Esse é um sintoma claríssimo, dentre outros, do mal funcionamento da Administração. O exemplo francês bem demonstra que os problemas da Administração estão relacionados com a questão da justiça administrativa de forma inextrincável.

A grande questão a ser colocada, e que continua em aberto no país, é como organizar um sistema jurisdicional que atenda às múltiplas e complexas demandas de uma sociedade massificada num Estado federal, respeitando-se as autonomias e a divisão de competências próprias desta forma de Estado. O Brasil chega ao século XXI sem ter solucionado ainda a questão da justiça administrativa, não tendo resolvido entraves que ajudem a eliminar gargalos que permitam à nação dar vazão às novas demandas apresentadas ao Estado de Direito contemporâneo.

Conclusão

Foi apresentado e afirmado que assim como o Imperador exercia dúplice função – política e administrativa – assim também o Conselho de Estado passou a refletir, dentro dessa linha de governo conciliar ibero-americano, e enquanto órgão de assessoramento do Imperador essa dúplice função – política e administrativa.

Numa esfera, o Conselho de Estado atuava como assessor do Poder Moderador, caso em que atuava por meio do Conselho Pleno, em outra, atuava por meio das suas Seções, setor que me parece corresponder à função de Chefe do Executivo exercida pelo Imperador, de um lado, mas principalmente como assessor dos agentes do Poder Executivo nas funções de Governo e Administração, que eram os Ministros, de outro. Essa correspondência passou a ocorrer a partir de 1842. Aqui me parece que o Prof. José Reinaldo de Lima Lopes não deu a devida ênfase nessa questão, ao não reconhecer essa dupla faceta das funções dos dois órgãos, que atuavam de forma coordenada.

O caráter nominalmente consultivo das decisões do Conselho não subtrai a natureza jurisdicional do contencioso administrativo durante o Império, tampouco o podem fazê-lo análises técnico-dogmáticas extemporâneas.

Nessa linha, se for tomado para se analisar o contencioso do Império, por exemplo, o conceito de Jurisdição, fartamente desenvolvido pelos processualistas, com a sua idéia de imparcialidade do julgador, facilmente se poderia chegar à conclusão de que não havia justiça administrativa no Brasil-Império, devido à falta de sua correspondência com o conceito que se tem atualmente.

Para uma análise mais científica do fenômeno, haveria de se transcender desta ótica setorial, para uma análise mais geral, com fundamento na própria Teoria do Estado, ciência enciclopédica mais apta a dar conta da complexidade da ordem jurídico-constitucional em funcionamento no Império. Nessa perspectiva, *demonstra-se claramente que, na prática, coexistiam duas ordens jurisdicionais no Brasil-Império: ao lado da justiça comum, havia a justiça administrativa, sendo que esta possuía inclusive formas e meios de se garantir em face da primeira.*

Não obstante esta coexistência de ordens jurisdicionais, não se pode negar o estado precário do contencioso administrativo, tanto em termos de técnica como materiais. O setor que estava melhor organizado, de acordo com os autores do período¹⁹⁹, era o do contencioso administrativo fiscal. O Conselho brasileiro sequer tinha uma Secretaria para preparar e organizar o material das

¹⁹⁹ Cf. SOUZA, Paulino José Soares de. Visconde de Uruguai, *Ensaio sobre o Direito Administrativo*. Brasília: Série de Arquivos do Ministério da Justiça, 1997.

Seções! Outro dado digno de nota é que, diferentemente do caso francês que tem uma Seção específica que reúne e centraliza toda a parte de contencioso, no Brasil-Império o contencioso era repartido entre as várias áreas de cada Ministério, o que reduzia o potencial de integração e uniformização da jurisprudência. Mesmo assim, o nosso Conselho cumpriu um papel importante nesse sentido, contra todos os problemas...

O contencioso administrativo ainda estava caminhando para uma organização mais elaborada, em linhas bastante semelhantes, sob muitos aspectos, ao do Conselho de Estado francês. Os últimos governos do Império tinham projetos para transformar e para reformar a justiça administrativa²⁰⁰, seguindo-se o exemplo francês.

No Brasil, o contencioso administrativo talvez caminhasse no sentido de conferir maior independência à justiça administrativa. No período, porém, esta foi uma escolha política dos estadistas do Império. Entendia-se, à época, que a administração e o governo tinham de seguir o seu curso, sem que sofressem interrupções ou interferências do Poder Judiciário, sem descuidar do processo de responsabilização política que pesava sobre o governo na época.

No período, o Poder Executivo ainda reunia os poderes administrativo e governamental, mas já em processo de franca separação.

Tanto é possível, e muitas vezes é necessário, a alocação de funções jurisdicionais a órgãos administrativos, e vice-versa, que o Brasil conheceu, com grande sucesso, o órgão denominado Conselho de Estado, instituição fundamental para a estabilidade política do país no século XIX.

O Terceiro Conselho de Estado brasileiro foi criado nos moldes e sob a influência do contencioso administrativo francês, apesar de ter uma fisionomia própria no quadro das instituições brasileiras da época.

Foi visto que, por questões de conveniência política, tanto é possível organizar o contencioso administrativo a partir de um órgão administrativo quanto de um órgão judiciário, ou, dito de outro modo, tanto poderá ser criado um órgão análogo ao Conselho de Estado quanto poderá ser organizado sob as bases de uma justiça especializada.

O Brasil, país riquíssimo também sob o ponto de vista de sua história e experiência institucional, conheceu os dois casos, tanto o do contencioso administrativo, como o de justiça especializada. Porém, os nossos estudiosos, por ignorância ou preconceitos arraigados, insistem e parecem não conseguir tirar lições desta experiência.

Com o fim da Monarquia e o advento da República, o Brasil não conseguiu viver totalmente sem um contencioso administrativo e apenas trocou o sinal, por assim dizer, transmutando-o a Justiça Administrativa. Sob o influxo do modelo institucional norte-americano, sabidamente

²⁰⁰ Conferir projetos de reforma do Conselho de Estado, dentre outros, em LYRA, Augusto Tavares de. *Instituições Políticas do Império*. Brasília, Editora da Universidade de Brasília, 1979.

inadequado à experiência brasileira sob muitos aspectos, o país incorporou muito dos seus institutos e da sua doutrina.

O Brasil, infelizmente subdesenvolvido também e não somente no terreno da cultura em geral – e este, sem dúvida, é o pior dos nossos atrasos em desenvolvimento –, é, por consequência, também no terreno das idéias políticas e constitucionais. Assim, incorporam-se, com maior ou menor sucesso, arranjos políticos e jurídicos de outros países e tudo mais vem por empréstimo. Este parece ser o caso do princípio inserido no art. 5º, XXXV, da Constituição Federal, ou princípio da inafastabilidade de apreciação do Poder Judiciário. O prestígio adquirido por este princípio foi rapidamente erigido à dogma jurídico, originalidade brasileira como visto.

O prestígio e importância do Poder Judiciário ganhou da mesma forma grande força. O raciocínio era simples. O Conselho de Estado, símbolo da estabilidade política da nossa Monarquia, representava o nosso antigo regime, e, de acordo com a nova ideologia republicana, o atraso, o reacionarismo, o conservadorismo carcomido, logo deveria desaparecer. Mas, então, o que fazer com as questões de justiça distributiva e com os litígios envolvendo a Administração? O primeiro foi diluído sob alguns aspectos, mas, ao segundo, arranjou-se um substitutivo: a Justiça Federal. Percebe-se que, no Brasil, ocorreu, *mutatis mutandis*, o oposto do que ocorreu na França Revolucionária.

A falta de especialização, o problema dos contenciosos e a duplicidade de apreciação da mesma questão por diferentes órgãos muitas vezes de forma contraditória e repetitiva, outros problemas institucionais relacionados; a falta de unidade na atuação da administração; a falta de profissionalismo e de diálogo institucional; a compreensão do artigo 5º, XXXV, como fenômeno compensatório, apto a fazer frente a todas as nossas mazelas (mas isto é correr atrás dos próprios problemas, correr atrás do prejuízo); os problemas que isto pode gerar para o Estado de Direito, com um desprestígio da política, já que, por exemplo, o judiciário passa a considerar que pode resolver os problemas que não lhe cabem; o gigantismo do poder executivo, as sucessivas crises da República, que geram a desconfiança e suspeição generalizada com relação ao executivo, refletindo-se num desencantamento com os políticos e com a política em geral. Encontra-se completamente ausente no sistema brasileiro um órgão de centralização de contencioso, sendo as questões pulverizadas em várias áreas conforme os Ministérios.

A Justiça Federal, cuja competência (art. 109, CF), é definida *rationae personae* é a herdeira sob muitos aspectos do contencioso administrativo brasileiro sob o Império. E se as razões dos estudiosos do Estado muitas vezes não prevalecem no sentido de apontar as afinidades e até mesmo natureza idêntica entre Administração e Jurisdição, enquanto função, podendo sugerir, portanto, determinados arranjos políticos e institucionais, da mesma forma se percebe que as conveniências políticas e ideológicas outras tantas vezes se superpõem à racionalidade prática das instituições.

Bibliografia

- ABBAGNANO, Nicola. *Dicionário de Filosofia*. São Paulo: Martins Fontes, 4ª ed., 2000; tradução da 1ª edição brasileira coordenada e revista por Alfredo Bosi; revisão da tradução e tradução dos novos textos Ivone Castilho Benedetti.
- ALECRIM, Otacílio. *Ideias e Instituições no Império – Influência da França*. Senado Federal.
- ANDRADE, Nuno Pinheiro de. *O Contencioso Administrativo no Império e o Julgamento dos Atos Administrativos na República (1915)*.
- AQUINO, Tomás, *Summa Theologica*. Ed. Loyola: São Paulo, 2005. Texto do latim da edição leonina reproduzido na Ed. Marietti (ed. Cl. Suemandt, OP, Turim Roma). (Coordenação de Carlos Josaphat Pinto de Oliveira 1948ss).
- ARAGÃO, J. Guilherme de. *Justiça Administrativa no Brasil*. Cadernos de Administração Pública, n. 25. Rio de Janeiro: FGV, 1955.
- _____. *La Jurisdiction Administrative au Bresil*. Tese de Doutorado em Direito, Faculdade de Direito de Paris, 1955.
- _____. *Estudos e Testemunhos na Rota do Direito*, Brasília, 1982.
- ARISTÓTELES, *Ética a Nicômacos*. Brasília: UnB, .
- AZAMBUJA, Darcy. *Teoria Geral do Estado*. São Paulo: Globo, 2005, 44ªed.
- BARROS, Henrique do Rego. *Apontamentos sobre o Contencioso Administrativo e sobre os Privilégios e Prerrogativas nos Contratos e Transações que celebra com o Público*. Rio de Janeiro, Editora Laemmert, 1874.
- BARZOTTO, Luis Fernando. *A democracia na Constituição*. São Leopoldo: Editora Unisinos, 2005.
- _____. *Justiça social: gênese, estrutura e aplicação de um conceito*. Revista do Ministério Público. Porto Alegre: Nacional/Brasília: INL. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_48/artigos/ART_LUIS.htm (acesso em 29/10/2012).
- BRASIL. Atas, Consultas, Resoluções das Seções Administrativas do Conselho de Estado. Projeto Brasilianna da Universidade de São Paulo USP. Disponível em <http://www.brasiliana.usp.br/node/420> (Acesso em 29/03/2013).
- _____. *Atas do Conselho Pleno. Conselho de Estado*. Organização: José Honório Rodrigues, SenadoFederal, Disponível em http://www.senado.gov.br/publicacoes/anais/asp/AT_AtadoConselhoDeEstado.asp (Acesso em 02/04/2013).
- BONAVIDES, Paulo. *Ciência Política*. São Paulo: Malheiros, 12ªed., 2006.
- BONAVIDES, Paulo, *Do estado liberal ao estado social*, Ed. Malheiros, 6ª ed. 1996, *passim*
- BUCCI, Maria Paula Dallari. *Direito Administrativo e Políticas Públicas*. São Paulo: Saraiva, 2002.
- CAVALCANTI, Themístocles Brandão. *Tratado de Direito Administrativo*. 5. ed. RJ: Freitas Bastos, 1964, v. IV.
- CAMPANHOLE, Hilton Lobo e Adriano. *Constituições do Brasil*. São Paulo: Editora Atlas, 1987, 9ª edição.
- CAMPOS, Francisco. *Direito Administrativo*. RJ: Imprensa Nacional, 1943.
- CARVALHO, José Murilo de. *A Construção da Ordem: a Elite Política Imperial; Teatro de Sombras: a política imperial*. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Editora UFRJ, 1996.
- CASTRO, Augusto Olympio Viveiros de. *Tratado de Sciencia da Administração*. 3. ed. RJ: Jacinto Ribeiro dos Santos, 1914.
- CHEVALLIER, Jacques. *L'État de Droit*. 5ªed. Paris: Montchrestien, 2010.
- CIRNE LIMA, Ruy. *Princípios de Direito Administrativo*. 7ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2007.
- DALLARI, Dalmo de Abreu. “O Conselho de Estado e o Contencioso Administrativo no Brasil.” *Revista de Direito Público*, vol. 11, Ano III, Jan/Mar 1970, pp. 33- 44.

- DOLHNIKOFF, Miriam. *O Pacto Imperial – Origens do federalismo no Brasil do século XIX*. São Paulo: Globo, 2005.
- DICEY, A V, *Introduction to the study of the law of the constitution*, Macmillan and co., 9ª ed, Londres, 1952.
- ENTERRÍA, Eduardo García, *La lengua de los derechos: la formación del derecho público europeo tras la Revolución Francesa*, 3ª ed., Thomson Reuters, 2009.
- _____. *As Transformações da Justiça Administrativa*, Ed. Forum, 2010.
- FAORO, Raimundo. *Os Donos do Poder*. São Paulo: Globo, vol. I, 9ª ed., 1991.
- FRANÇA, Limongi, *Vocabulário Saraiva do Direito*, vol. 19 (Coordenação do Prof. Limongi França) São Paulo: Saraiva, 1977.
- FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Comentários à Constituição brasileira*. (5.ed.rev. e atualizada). – São Paulo : Saraiva, 1984.
- _____. *Curso de Direito Constitucional*, 32.ed.rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2006.
- FLEIUSS, Max. *História Administrativa do Brasil* 2nd. ed. São Paulo: Companhia Editora Melhoramentos, 1922.
- GARNER, Lydia Magalhães Nunes. *In Pursuit of Order: A Study in Brazilian Centralization, The Section of Empire of the Council of State, 1842-1889*. Tese de Doutorado, The Johns Hopkins University, 1987, 2 Vols.
- _____. *Os Advogados do Conselho de Estado do Segundo Reinado, 1842-1880*, em *Revista do Instituto dos Advogados Brasileiros*, n. 81, 1. e 2. Semestres, 1994, pp. 27-43.
- _____. *Justiça Administrativa no Brasil do Segundo Reinado (1842-1889)*. *Revista de História* n. 147 USP (2002), 159-188.
- GAZIER, François. *A Justiça Administrativa na França*. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, Cadernos de Administração Pública, n.º 15, 1954.
- _____. *O Conselho de Estado Francês*. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, Cadernos de Administração Pública, n.º 29, 1954.
- JELLINEK, Georg. *Teoria General del Estado*, tradução y prólogo por Fernando de Los Rios, Buenos Aires: Editorial Albatros, 1954.
- JOUVENEL, Bertrand, *Sobre el poder: historia natural de su crecimiento*, Union Editorial, Madrid, 1998.
- JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*, 2. Ed. Ver. E atual. – São Paulo: Saraiva, 2006.
- KELSEN, Hans. *Jurisdição Constitucional*. São Paulo: Martins Fontes, 2003.
- KELSEN, Hans. *Teoria Geral do Direito e do Estado*, 4ª Ed – São Paulo: Martins Fontes, 2005.
- LAUBAUDÈRE, André de, *Manuel de droit administratif*, Paris, 1963.
- LEAL, Vitor Nunes. *Coronelismo, enxada e voto: o município e o regime representativo no Brasil*. São Paulo: .
- LOEWENSTEIN, Karl. *Teoria de La Constitución*, 2ª Ed. – Barcelona: Ediciones Ariel, 1970. (Título original: *Verfassungslehre*, Tübingen, J. C. Mohr, 1959, à qual foi juntada a monografia do mesmo autor intitulada *Über Wesen, Technik und Grenzen der Verfassungsänderung*, Berlin, Walter de Gruyter, 1961).
- LIMA LOPES, José Reinaldo. *As palavras e a lei. Direito, ordem e justiça na história do pensamento jurídico moderno*. São Paulo: Editora 34, 2004.
- _____. *O oráculo de delfos: o conselho de estado no Brasil-Império*. São Paulo: Saraiva, 2010.
- _____. *O supremo tribunal de justiça do império – 1828-1889*. Ed. Saraiva: São Paulo 2010.
- LYNCH, Crhistian. *A Idéia de um Conselho de Estado Brasileiro: uma abordagem histórico-*

- constitucional*. Revista de Informação Legislativa, Brasília, v. 42, n.168, p. 45-64, 2005.
- LYRA, Augusto Tavares de. *Instituições Políticas do Império*. Brasília, Editora da Universidade de Brasília, 1979.
- MACHADO, Fernando. *O Conselho de Estado e sua História no Brasil* (1912).
- MARCEAU, Long; WEIL, Prosper; BRAIBANT, Guy; DEVOLVÉ, Pierre; GENOVIS, Bruno. *Les Grands Arrêts de la Jurisprudence Administrative* 13^{ed}. Paris: Dalloz, 2001
- MCINTYRE, Alasdair. *Justiça de Quem? Qual a Racionalidade?* Ed. Loyola.
- MENEZES, Aderson. *Teoria Geral do Estado*. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 8^aed., 2002.
- MIRANDA, Pontes de. *Comentários à Constituição Federal de 10 de novembro de 1946*. Tomo II. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1960.
- _____. *Comentários à Constituição de 1967*. Tomo II. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1967.
- MORLOT-DEHAN, Clotilde, *Le President de juridiction dans l'ordre administratif*, 2005.
- MOTA E OUTROS, Carlos Guilherme Mota. *Os Juristas na Formação do Estado-Nação Brasileiro – Século XVI a 1850*. São Paulo: Quartier Latin, 2006. Coleção Juristas Brasileiros.
- MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. *O Espírito das Leis*. São Paulo: Martins Fontes, 2000. Tradução: Cristina Murachco.
- NABUCO, Joaquim. *Um Estadista do Império*. Rio de Janeiro: Topbooks, 1997 (02vls).
- PAIM, Antonio. *Momentos Decisivos da História do Brasil*. São Paulo: Martins Fontes, 2000. – (Temas Brasileiros).
- PIMENTA BUENO, José Antônio. *Direito Público Brasileiro e Analyse da constituição do Império*. Rio de Janeiro: Typographia Imp. E Const. De J. Villeneuve E C., 1857.
- PINTO, Bilac, *Da regulamentação dos serviços de utilidade pública* Forense, 2^a ed., Rio de Janeiro, 2002.
- REGO, Vicente Pereira, *Elementos de Direito Administrativo Brasileiro Para Uso das Faculdades de Direito do Império*, Recife: 2^aed., 1860.
- RODRIGUES. José Honório. *Conselho de Estado. O Quinto Poder? Brasília: Senado Federal, 1978*.
- SILVA MARTINS, Ives Gandra da. *Tratado de Direito Constitucional, v. 1*. (coordenador). São Paulo: Saraiva 2010.
- SOUZA, Braz Florentino de. *Do Poder Moderador*, Brasília, Senado Federal, 1978.
- SOUZA, Paulino José Soares de. Visconde de Uruguai, *Ensaio sobre o Direito Administrativo*. Brasília: Série de Arquivos do Ministério da Justiça, 1997.
- SOUZA JUNIOR, Cezar Saldanha. *Constituições do Brasil*. Porto Alegre: Editora Sagra Luzzatto, 2002. ed.
- _____. *Consenso e Constitucionalismo no Brasil*. Porto Alegre: Ed. Sagra Luzato, 2002.
- _____. *A Crise da Democracia no Brasil*. Rio de Janeiro: Forense, 1978.
- _____. *A supremacia do Direito no Estado democrático e seus modelos básicos*. Porto Alegre: 2002.
- _____. *Direito Constitucional, Direito Ordinário, Direito Judiciário*, Cadernos do PPGDir/UFRGS Número III, Março de 2005, pp. 7-18.
- _____. *Estudos Sobre o Federalismo*. Porto Alegre: Ed. Doravante, 2007.
- _____. *Jurisdição Constitucional, Jurisdição Ordinária e Ordem Legal. Reflexões e Alternativas*. Coordenadores Cezar Saldanha Souza Júnior e Carlos Eduardo Dieder Reverbel. Coleção Direito do Estado 2. Porto Alegre: Ed. Brejo biblio-bureau, 2009.
- TAVARES BASTOS, Aureliano Cândido de. *A Província*. Brasília: Senado Federal, 1997, Ed. Fac-

Similar – Coleção Memória Brasileira.

_____. *Cartas ao Solitário*. São Paulo, Companhia Editora Nacional, 1975.

TORRES, João Camilo de Oliveira. *Democracia Coroada: Teoria Política do Império do Brasil*. Petrópolis: Vozes, 1964. 2ªed. rev.

_____. *O Conselho de Estado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1965.

_____. *Os Construtores do Império: os ideais e lutas do partido conservador brasileiro*. São Paulo: Editora Nacional, 1968.

VASCONCELOS, Bernardo Pereira de. *Manifesto Político e Exposição de Princípios*, Senado Federal;

XAVIER, Alberto, *Princípios do Processo Administrativo e Judicial Tributário*, Rio de Janeiro: Forense, 2005

Anexo I – Lei n.º 234 de 23 de Novembro de 1841**ORGANISAÇÃO DO CONSELHO DE ESTADO****SEU REGULAMENTO****LEI N. 234 DE 23 DE NOVEMBRO DE 1841**

Creando um Conselho de Estado

D. Pedro, por graça de Deus e unanime aclamação dos povos Imperador Constitucional e Defensor Perpetuo do Brazil : fazemos saber a todos os nossos subditos que a Assembléa Geral Legislativa Decretou e Nós Queremos a Lei seguinte :

Art. 1.º Haverá um Conselho de Estado, composto de 12 membros ordinarios, além dos Ministros de Estado que, ainda não o sendo, terão assento nelle.

O Conselho de Estado exercerá suas funcções, reunidos os seus membros, ou em secções.

Ao Conselho reunido presidirá o Imperador; ás secções os Ministros de Estado, a que pertencerem os objectos das consultas.

Art. 2.º O conselheiro de Estado será vitalicio, o Imperador, porém, o poderá dispensar de suas funcções por tempo indefinido.

Art. 3.º Haverá até 12 conselheiros de Estado extraordinarios, e tanto estes como os ordinarios serão nomeados pelo Imperador.

— ~ —

Compete aos conselheiros de Estado extraordinarios:

§ 1.º Servir no impedimento dos ordinarios, sendo para esse fim designados.

§ 2.º Ter assento e voto no Conselho de Estado, quando forem chamados para alguma consulta.

Art. 4.º Os conselheiros de Estado serão responsáveis pelos conselhos que derem ao Imperador, oppostos á constituição e aos interesses do Estado, nos negocios relativos ao exercicio do Poder Moderador, devendo ser julgados, em taes casos, pelo Senado na fórma da Lei da responsabilidade dos Ministros de Estado.

Para ser conselheiro de Estado se requerem as mesmas qualidades, que devem concorrer para ser Senador.

Art. 5.º Os conselheiros, antes de tomarem posse, prestarão juramento nas mãos do Imperador, de manter a religião catholica apostolica romana, observar a Constituição e as leis, ser fieis ao Imperador, aconselhal-o segundo suas consciencias, attendendo sómente ao bem da Nação.

Art. 6.º O Principe Imperial, logo que tiver 18 annos completos, será de direito do Conselho de Estado: os demais Príncipes da Casa Imperial, para entrarem no Conselho de Estado, ficam dependentes da nomeação do Imperador.

Estes e o Principe Imperial não entram no numero marcado no art. 1º, e sómente serão convidados para o Conselho reunido; o mesmo se praticará com os antigos conselheiros de Estado, quando chamados.

Art. 7.º Incumbe ao Conselho de Estado consultar em todos os negocios, em que o Imperador Houver por bem Ouvil-o, e principalmente para resolvel-os:

1.º Em todas as occasiões, em que o Imperador se propuzer exercer qualquer das attribuições do Poder Moderador, indicadas no art. 101 da constituição.

2.º Sobre a declaração de guerra, ajustes de paz e negociações com as nações estrangeiras.

3.º Sobre questões de prezas e indemnizações.

4.º Sobre conflictos de jurisdicção entre as autoridades administrativas e entre estas e as judicarias.

5.º Sobre abusos das autoridades ecclesiasticas.

— 3 —

6.º Sobre decretos, regulamentos e instrucções para a boa execução das leis e sobre propostas, que o Poder Executivo tenha de apresentar á Assembléa Geral.

Art. 8.º O Governo determinará, em regulamentos, o numero das secções, em que será dividido o Conselho de Estado, a maneira, o tempo de trabalho, as honras e distincções, que ao mesmo e a cada um de seus membros competir, e quanto fôr necessario para a boa execução desta lei. Os conselheiros de Estado, estando em exercicio, vencerão uma gratificação igual ao terço do que vencerem os Ministros de Estado.

Art. 9.º Ficam revogadas quaesquer leis em contrario.

Mandamos, portanto, a todas as autoridades, a quem o conhecimento e execução da referida lei pertencer, que a cumpram e façam cumprir tão inteiramente como nella se contém.

O Secretario de Estado dos Negocios do Imperio a faça imprimir, publicar e correr.

Dada no Palacio do Rio de Janeiro, aos 23 de novembro de 1841, 20º da Independencia e do Imperio.

IMPERADOR COM RUBRICA E GUARDA.

Candido José de Araujo Vianna.

Carta de Lei, pela qual Vossa Magestade Imperial Manda executar o Decreto da Assembléa Geral Legislativa, que Houve por bem Sanccionar, o qual crêa um Conselho de Estado pela fôrma acima declarada.

Para Vossa Magestade Imperial ver.—Albino dos Santos Pereira a fez.—*Paulino José Soares de Souza.*

Sellada na Chancellaria do Imperio em 24 de novembro de 1841.—*João Carneiro de Campos.*

Nesta Secretaria de Estado dos Negocios do Imperio foi publicada a presente Lei em 26 de novembro de 1841.—*Antonio José de Paiva Guedes de Andrade.*

Anexo II – Regulamento n.º 124 de 05 de Fevereiro de 1842

— 4 —

Regulamento n. 124 de 5 de fevereiro de 1842

Contendo o regimento provisório do Conselho de Estado (*).

Hei por bem Ordenar que o Conselho de Estado Me Consulte sobre os regulamentos, de que trata o art. 8.º da Lei de sua criação, regendo-se entretanto pelas seguintes disposições:

TITULO UNICO

Como o Conselho de Estado exercerá as suas funcções

CAPITULO I

DO CONSELHO DE ESTADO E SUAS SECÇÕES

Art. 1.º O Conselho de Estado será dividido em quatro secções :

- 1.ª Dos Negocios do Imperio.
- 2.ª Dos Negocios da Justiça e dos Estrangeiros.
- 3.ª Dos Negocios da Fazenda.
- 4.ª Dos Negocios da Guerra e Marinha.

Art. 2.º Cada uma das secções se comporá de tres conselheiros.

(*) Hei por bem, conformando-me com o parecer do Meu Conselho de Estado, que o regulamento n. 124 de 5 de fevereiro do corrente anno, no qual foi provisoriamente estabelecida a maneira por que o referido conselho devia proceder nos seus trabalhos, continue a ser observado; ficando a secção a que pertencem os negocios do Imperio incumbida de propôr aquellas alterações, que a experiencia mostrar ser necessario fazerem-se no referido regulamento.

Candido José de Araujo Vianna, do Meu Conselho, Ministro e Secretario de Estado dos Negocios do Imperio, assim o tenha entendido e faça executar com os despachos necessarios. (Decreto n. 222 de 9 de setembro de 1842.)

— 5 —

Art. 3.º As secções, que se occuparem dos negocios de dous ministerios, serão presididas pelo ministro, a quem tocar o objecto, que nella se discutir.

Art. 4.º Quando a importancia e a complicação dos negocios o exigirem poderão reunir-se duas ou tres secções, sob a presidencia do ministro que pedir a reunião.

Art. 5.º Os ministros de Estado fornecerão ás secções todos os esclarecimentos, que julgarem necessários para acerto das deliberações.

Art. 6.º O logar, dia e hora das conferencias de cada secção serão marcados pelos respectivos ministros.

Art. 7.º O ministro presidente da secção nomeará o relator para cada negocio.

Art. 8.º Discussa e votada a materia, o relator apresentará o parecer minutado, o qual, depois de approvado, será assignado na seguinte conferencia pelos membros da secção que não derem voto separado.

O ministro presidente não votará, nem ainda no caso de empate.

Art. 9.º O Imperador se reserva o direito de resolver os pareceres das secções, sem que ouça o conselho reunido.

Art. 10. Os avisos para consultas do Conselho de Estado, ou sejam estas sobre parecer de secções, ou sobre objectos, que ainda nestas não foram tratados, serão dirigidos em geral ás secções, a que pertencerem os negocios, e estas colligirão e ordenarão quanto puder esclarecer o conselho em seus debates e decisões.

Art. 11. Quando o parecer da secção fôr algum projecto de lei, decreto, regulamento ou instrucções, a secção respectiva lhe dará todo o preciso desenvolvimento, de maneira que o Conselho de Estado o possa regularmente discutir.

Art. 12. Para haver conferencia do Conselho de Estado sob a presidencia do Imperador, é preciso que estejam presentes pelo menos sete conselheiros de Estado em effectivo serviço.

Art. 13. As conferencias do Conselho de Estado terão logar nos paços imperiaes, e quando o Imperador houver por bem convocal-o.

— 6 —

Art. 14. Todas as vezes que fôr possível, serão communicados com anticipação aos conselheiros de Estado os objectos, para cuja consulta se reúne o conselho.

Art. 15. As disposições dos artigos antecedentes serão observadas, quando a urgencia ou natureza dos negocios não exigir a preterição de algumas.

Art. 16. Os conselheiros fallarão e votarão, quando o Imperador ordenar.

Art. 17. Não havendo unanimidade no conselho, os membros divergentes apresentarão por escripto seus votos separados.

Art. 18. Os ministros de Estado, ainda que tomem parte nas discussões do conselho, não votarão, nem mesmo assistirão ás votações, quando a consulta versar sobre dissolução da Camara dos Deputados, ou do Ministerio.

Art. 19. As consultas do Conselho de Estado serão redigidas pela secção a que tocar o seu objecto, e assignadas por todos os Conselheiros de Estado, na fôrma do art. 8.º

Art. 20. A Resolução Imperial, tomada sobre parecer da secção ou consulta do Conselho de Estado, será expedida por decreto.

CAPITULO II

DOS OBJECTOS NÃO CONTENCIOSOS

Art. 21. Cada secção examinará as leis provinciaes e todos os negocios, de que a encarregar o seu presidente.

Art. 22. A cada secção é permittido ouvir a quaesquer empregados publicos, que não poderão negar-se a prestar todos os esclarecimentos, que lhes ella exigir, vocaes ou por escripto, pena de desobediencia. Poderá outrosim ouvir a quaesquer outras pessoas, cujas informações lhe possam ser uteis.

Art. 23. Quando, no exame dos negocios incumbidos ás secções, entenderem estas que é necessaria alguma lei, regulamento, decreto, ou instrucções, o

— 7 —

proporão, expondo mui circumstanciadamente os motivos de sua convicção e as principaes providencias, que se devem expedir.

CAPITULO III

DOS OBJECTOS CONTENCIOSOS

Art. 24. Quando o presidente de uma provincia ou o procurador da Corôa na Côrte e provincia do Rio de Janeiro, tiver noticia de que uma autoridade judiciaria está effectivamente conhecendo de algum objecto administrativo, exigirá della os esclarecimentos precisos, bem como as razões, pelas quaes se julga com jurisdicção sobre o objecto.

Art. 25. Si forem consideradas improcedentes as razões, em que a autoridade judiciaria firmar a sua jurisdicção, ordenará o presidente, ou o procurador da Corôa, que cesse todo o ulterior procedimento, e sejam citados os interessados para em um prazo razoavel deduzirem seu direito.

Art. 26. Findo o prazo, si o presidente entender que o negocio é administrativo, assim o resolverá provisoriamente, remettendo todos os papeis a respeito delle, com a sua decisão, á Secretaria da Justiça.

Si, porém, entender que o negocio não é administrativo, á vista dos novos esclarecimentos, que tiver obtido das partes ou da mesma autoridade judiciaria, declarará que não tem logar o conflicto, e que continue o processo no fóro judicial.

Art. 27. O ministro da justiça, ou o conflicto tenha sido suscitado pelo procurador da Corôa, ou por algum dos presidentes, commetterá o seu exame á respectiva secção, a qual, depois de ouvidas as partes, si estas o requererem, interporá o seu parecer.

Art. 28. Quando o conflicto de jurisdicção consistir em se julgarem incompetentes tanto a autoridade judiciaria como a administrativa, a secção dará o seu parecer, ouvidas ambas.

Art. 29. Quando o conflicto fôr entre autoridades administrativas se procederá na fórma dos artigos antecedentes no que lhe forem applicaveis.

— 8 —

Art. 30. Os presidentes das provincias conhecerão dos abusos das autoridades ecclesiasticas, procedendo na fórma do regulamento n. 10 de 19 de fevereiro de 1838, no que lhe forem applicaveis suas disposições. (*)

Art. 31. Em geral serão observadas todas as disposições do processo actual, que contribuindo para descobrimento da verdade, sem prejuizo da celeridade indispensavel á marcha administrativa, forem admissiveis neste processo, e não se oppuzerem ás determinações do presente Regulamento.

Art. 32. As questões relativas a prezas serão decididas pelo governo em primeira e ultima instancia.

Art. 33. No processo administrativo se observará em geral o seguinte: a parte apresentará na respectiva secretaria de Estado petição acompanhada dos documentos, com que pretende justificar sua intenção.

Art. 34. Si fôr attendivel a petição, a secção proporá que sejam ouvidos os interessados, para o que lhes será feita a intimação. (**)

Art. 35. A secção poderá requerer ao seu presidente avaliações, inquirições de testemunhas, de-

(*) O decreto n. 10 de 19 de fevereiro de 1838 foi declarado sem effeito pelo de n. 1405 de 3 de julho de 1854. Vide decreto n. 1911 de 28 de março de 1857, que restabeleceu os casos de recursos.

(**) Ministerio dos negocios da Guerra.— Rio de Janeiro, 31 de maio de 1881.

Illm. e Exm. Sr.—Tendo este ministerio resolvido adoptar, na pratica observada nos recursos para o Conselho do Estado, a alteração estabelecida pelo da agricultura, commercio e obras publicas no aviso de 17 de janeiro do corrente anno, junto por cópia, assim o communico a V. Ex. para os fins convenientes.

Deus guarde a V. Ex.—*Franklin Doria*.— A S. Ex. o Sr. Visconde de Muritiba.

Nos mesmos termos aos Srs. conselheiros de Estado Joaquim Raymundo de Lamare e Benevenuto Augusto de Magalhães Taques.

— 9 —

poimentos de partes, e quantas diligencias julgar necessarias para esclarecimento da verdade, ás quaes procederá por si mesma, quando lhe seja possível.

Art. 36. Na conferencia seguinte á em que a secção tiver ultimado as diligencias sobreditas, ou na em que o presidente, attendendo á natureza do negocio, designar, apresentará o seu relatorio, a cuja leitura poderão os interessados por seus advogados assistir e fazer os reparos precisos para sua rectificação.

Art. 37. Haverá até 10 advogados do Conselho de Estado, aos quaes sómente será permittido assignar as petições e quaesquer allegações ou arrazoados, que tiverem de ser apresentados ao conselho e ás suas secções; bem como assistir ao depoimento e mais actos do art. 35. (*)

Cópia a que se refere o aviso supra

Ministerio dos Negocios da Agricultura, Commercio e Obras Publicas. — Directoria Central. — 1ª Secção. — N. 31. — Rio de Janeiro, 17 de janeiro de 1881.

Illm. e Exm. Sr. — Sua Magestade o Imperador ha por bem determinar que, por ser menos conforme a direito e poder algumas vezes redundar em desproveito dos interesses publicos a pratica, até agora observada, de sómente ser ouvido o recorrente em recursos interpostos de decisões deste ministerio para o Conselho de Estado, fica alterada a mesma pratica para se dar vista em taes processos á parte recorrida, sendo que nos casos em que fór o governo o recorrido, será este representado pelo chefe da directoria pela qual houver corrido a questão, e nos seus impedimentos pelo seu substituto legal ou por outro funcionario de igual categoria que, para semelhante fim, fór designado pelo ministro. O que communico a V. Ex. para seu conhecimento e execução.

Deus guarde a V. Ex. — *M. Buarque de Macedo.* — A S. Ex. o Sr. conselheiro de Estado Visconde de Bom Retiro.

Fez-se igual comunicação aos Srs. conselheiros de Estado José Pedro Dias de Carvalho e Paulino José Soares de Souza. — Conforme. — *Barão de Piraquara.*

(*) Revogado pelo decreto n. 7831 de 23 de setembro de 1880.

— 10 —

Art. 38. O advogado, que faltar ao devido respeito ao conselho, às secções ou a cada um dos conselheiros, será demittido; e si fôr em acto de officio, além de demittido, será punido na fórma das leis.

Art. 39. Os prazos assignados ás partes para responderem, recorrerem, ou produzirem quaesquer documentos e provas, não poderão exceder a 10 dias, residindo na côrte ou no seu termo.

Art. 40. O ministro da justiça marcará em avisos, que farão parte deste regulamento, os prazos, que, além dos 10 dias do artigo antecedente, devem ser concedidos ás partes, em attenção ás distancias, em que residirem, ou estiverem os documentos e provas, que houverem de produzir. (*)

Art. 41. O processo administrativo só poderá ser suspenso nos casos seguintes :

1.º Fallecendo a parte ou seu advogado, ou impossibilitando-se este de exercer suas funcções antes do ultimo relatorio da secção.

2.º Sendo arguido de falso algum documento ou testemunha, nos termos do artigo seguinte.

Art. 42. Feita a arguição de falsidade a qualquer documento ou testemunha, se parecer ás secções ou conselho que é elle indispensavel á decisão do negocio, e não querendo a parte renuncial-o, será suspenso o processo, até que em juizo competente se decida a falsidade.

Art. 43. Si a secção ou conselho entender que tal testemunha ou documento não é necessario para decisão do negocio, continuará o processo sem embargo da dita arguição.

Art. 44. O mesmo terá logar, quando a parte, que produziu a mencionada testemunha ou documento, nada responder, ou d'elle desistir.

Logo que uma semelhante arguição fôr feita, e a considerar procedente a secção ou conselho, será

(*) Vide A. n. 21 de 14 de janeiro de 1860 e Circ. n. 49 de 26 do mesmo mez e anno.

intimada a parte, que o tiver produzido, para dizer a bem de seu direito.

Art. 45. Das resoluções dos presidentes das provincias em negocios contenciosos, poderão as partes interpor recurso dentro de 10 dias, por petição munida dos precisos documentos, que manifeste as razões do gravame soffrido; e os presidentes a remetterão com informação, ou sem ella, á respectiva secretaria de Estado. (*)

Art. 46. Tambem terá logar recurso das decisões dos ministros de Estado em materia contenciosa, e tanto este, como o do artigo antecedente, poderá ser decidido por decreto imperial, sem se ouvir, ou ouvindo as respectivas secções e o Conselho de Estado.

Art. 47. A resolução imperial tomada sobre parecer de secção, consulta do conselho, ou sem ella, em virtude do processo de que trata este capitulo, só poderá ser embargada nos casos:

1.º De não ter sido intimado algum dos prejudicados.

2.º De ter corrido o processo á revelia, que não possa ser imputada ao condemnado.

Art. 48. Os embargos no caso do artigo antecedente só terão logar antes que o decreto imperial seja remettido para a autoridade judiciaria, ou dentro dos 10 dias, contados do em que fôr feita a intimação ao condemnado.

Art. 49. Os embargos serão apresentados pelo respectivo ministro ao conselho, o qual consultará ao Imperador para os desattender, ou para reformar a imperial resolução, ou para ordenar que de novo seja examinada na competente secção.

Art. 50. No caso de ser a resolução imperial de novo examinada, poderá sua execução ser suspensa pelo respectivo ministro, quando na demora não haja perigo, e de não ser suspensa possa resultar damno irreparavel.

(*) Vide o Dec. n. 632 de 27 de agosto de 1849.

— 12 —

Art. 51. A imperial resolução será executada como qualquer sentença judiciaria, e pelos mesmos juizes e fórma pela qual estas o são.

Sendo condemnada a administração, a execução será feita administrativamente.

CAPITULO IV

DAS DISPOSIÇÕES GERAES

Art. 52. Haverá sempre em effectivo serviço 12 conselheiros de Estado, um dos quaes escreverá as actas dos negocios que deverem ser conservados em segredo.

Art. 53. Si algum conselheiro, em effectivo serviço, não puder exercer suas funcções por mais de 15 dias continuos, será designado o conselheiro de Estado extraordinario, que ha de servir durante o seu impedimento, cèssando o qual, cèssará tambem a substituição, independente de nova ordem.

Art. 54. O conselheiro de Estado que fôr ministro de Estado, ou empregado em qualquer commissão, cujo exercicio fôr incompativel com as funcções do conselho, será considerado impedido, e se lhe applicará o disposto no artigo antecedente.

Art. 55. O conselheiro, que fôr dispensado do exercicio de suas funcções, passará a conselheiro extraordinario.

Art. 56. Só perceberão gratificações os conselheiros em effectivo serviço.

Art. 57. Os conselheiros de Estado, nos actos publicos e funcções da côrte, occuparão o primeiro logar depois dos ministros e secretarios de Estado; terão o tratamento de Excellencia; gozarão das honras de que gozam os mesmos ministros; e usarão do uniforme de que estes usam, tendo, porém, nas mangas da farda, acima dos canhões bordados, uma esphera, e sobre esta a Corôa Imperial.

Art. 58. Todas as autoridades publicas são obrigadas a cumprir as determinações expedidas em virtude deste regulamento, e tendentes á sua execução.

— 13 —

Art. 59. Haverá no conselho, e em cada uma de suas secções tres livros :

- 1.º Para registro das actas respectivas ;
- 2.º Para registro das ordens imperiaes ;
- 3.º Para registro dos pareceres e consultas.

Art. 60. Ficam revogadas todas as disposições em contrario.

Candido José de Araujo Vianna, do Meu Conselho, Ministro e Secretario de Estado dos Negocios do Imperio, assim o tenha entendido e faça executar com os despachos necessarios. — Palacio do Rio de Janeiro em 5 de fevereiro de 1842, 21º da Independencia e do Imperio.

Com a Rubrica de Sua Magestade o Imperador.

Candido José de Araujo Vianna.