



ANO III JANEIRO-MARÇO DE 1970 VOL. 11

1 — RDP/11



O CONSELHO DE ESTADO E O CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO NO BRASIL

DALMO DE ABREU DALLARI

Professor livre-docente da Faculdade de
Direito da Universidade de São Paulo

I — *A experiência através da Legislação do Império*

1. As informações dos historiadores sobre a criação do Conselho de Estado no Brasil são bastante falhas, havendo confusão de datas e de fatos. Em consequência, os estudiosos da evolução das instituições político-constitucionais brasileiras têm feito indicações bastante imprecisas sobre o assunto, ou omitindo ocorrências de relativa importância, ou confundindo os fatos, as datas e os personagens.

Por essas razões, a única via para se ter um apanhado preciso sobre o Conselho de Estado é a pesquisa da legislação pertinente à matéria, pelo exame percutiente das coletâneas de leis brasileiras do Século XIX. Foi este o caminho que seguimos, conforme passaremos a expor, parecendo-nos importante assinalar, desde logo, que o Conselho de Estado foi introduzido no Brasil de maneira indireta, à sombra de outra instituição que seria o Conselho de Procuradores.

2. No começo do ano de 1821 tornaram-se mais intensas, no Brasil, as repercussões da revolução liberal que eclodira em Portugal, a partir da cidade do Porto, em 1820. E uma das exigências primordiais do movimento era o

juramento de uma Constituição, que imporá limitações jurídicas ao tradicional absolutismo português. Os mais atuantes líderes brasileiros da época, que já trabalhavam ativamente pela independência, promoveram a formação de um movimento idêntico no Brasil, colocando na sua vanguarda o jovem e feroso príncipe D. Pedro.

Percebendo o rumo dos acontecimentos e procurando neutralizá-lo por meios indiretos, D. João VI assinou, em 18. 2.1821, um decreto que seria a primeira fonte legislativa diretamente vinculada à futura instituição do Conselho de Estado no Brasil.

Por esse decreto, que, entre outras coisas, dizia que o Príncipe D. Pedro seria mandado a Portugal em missão da Coroa — naturalmente para subtraí-lo à influência dos brasileiros — o soberano manifestava o desejo de dar ao Brasil uma Constituição que lhe fosse adequada. Assim é que, em primeiro lugar, considerando não ser a Constituição portuguesa adaptável e conveniente ao Brasil, em todos os artigos e pontos, convocava para o Rio de Janeiro "os Procuradores que as Câmaras das Cidades e Vilas principais, que têm Juizes Letrados, tanto do Reino do Brasil como das Ilhas dos Açores, Madeira e Cabo Verde, elegerem". Visando

demonstrar a grande preocupação do monarca pelo assunto, o decreto diz que a convocação era feita para que os procuradores, escolhidos e nomeados pelas Câmaras, se reunissem sem demora, o mais prontamente que fôsse possível, acrescentando, quanto aos objetivos: "Para que não somente examinem e consultem o que dos referidos artigos fôr adaptável ao Reino do Brasil, mas também me proponham as mais reformas, os melhoramentos, os estabelecimentos, e quaisquer outras providências que se entenderem essenciais ou úteis, ou seja para a segurança individual e das propriedades, boa administração da justiça e da Fazenda, aumento do comércio, da agricultura e navegação, estudos e educação pública, ou para outros quaisquer objetos conducentes à propriedade e bem geral deste reino e dos domínios da Coroa Portuguesa".

A par dessa convocação, o mesmo decreto de 18.2.1821 previu a criação de uma Comissão especial, cujos membros, residentes no Brasil e de livre escolha do próprio Rei, deveriam colher elementos para o trabalho da grande comissão, dando-se a seguinte explicação para essa providência: "E para acelerar estes trabalhos e preparar as matérias de que deverão ocupar-se: Sou também servido criar desde já uma comissão composta de pessoas residentes nesta Corte, e por mim nomeadas, que entrarão logo em exercício, e continuarão com os Procuradores das Câmaras que se forem apresentando, a tratar de todos os referidos objetos, para com pleno conhecimento de causa eu decidir".

Nôvo decreto, de 23.2.1821, nomeava os membros da Comissão, sendo 18 efetivos e 2 supranumerários ou substitutos, para que entrassem em imediato exercício, figurando na presidência o Marquês de Alegrete, acrescentando-se que à Comissão poderia assistir o Procurador da Coroa, podendo ser chamado quaisquer dos outros empregados públicos ou fiscais que fôsse conveniente. Nessa Comissão, conforme Silvestre Pinheiro, havia "homens doutos e anima-

dos de patrióticos sentimentos, mas os mais opostos em princípios que imaginar se pode". E do que foi a primeira, e possivelmente única, reunião, realizada, ao que parece no dia imediato ao da nomeação, ou seja, em 24.2.1821, o mesmo Silvestre Pinheiro dá notícia: "O que aconteceu foi que, na primeira sessão que tiveram hoje, desde as 11 horas da manhã às 6 da tarde, em casa e debaixo da presidência do Conde de Palmella, foram tais e tão disparatados os discursos e pareceres emitidos pelos diferentes Conselheiros, que todos saíram convencidos da inutilidade de semelhantes conferências".¹

Os fatos, porém, precipitaram-se, resultando inútil a manobra tentada por D. João VI. Pressionado pelas circunstâncias, o Rei assinaria outro decreto, datado de 24.2.1821, através do qual, em poucas linhas, aceitava, também para o Brasil, a Constituição que ainda estava sendo elaborada em Portugal. Diz o decreto (que, segundo alguns, só foi dado à publicidade no dia 26 de fevereiro): "Havendo eu dado tôdas as providências para ligar a Constituição que se está fazendo em Lisboa com o que é conveniente ao Brasil, e tendo chegado ao meu conhecimento que o maior bem que posso fazer aos meus povos é desde já aprovar essa mesma Constituição, e sendo todos os meus cuidados, como é bem constante, procurar-lhes todo o descanso e felicidade: Hei por bem desde já aprovar essa mesma Constituição que ali se está fazendo, e recebê-la no meu Reino do Brasil e nos mais domínios da minha Coroa".

Com isso perdia o objeto o Conselho de Procuradores, morrendo no nascedouro, de maneira melancólica, essa primeira experiência, que continha no seu bôjo, através da Comissão especial de residentes no Brasil, o embrião do Conselho de Estado.

3. Caberia ao Príncipe Regente D. Pedro, sob inspiração de José Bonifácio de Andrada e Silva, dar concretização

1. Cf. Aurelino Leal, "História Constitucional do Brasil", pág. 10.

àquela idéia, apenas ensalada por seu pai em condições absolutamente desfavoráveis.

Com efeito, tendo D. João VI regressado a Portugal em maio de 1821, D. Pedro, ainda bastante jovem e inexperiente, teve no grande Andrada o seu guia em matéria de política e administração. E foi sob essa influência que, em 16.2.1822, assinou decreto convocando um Conselho de Procuradores-Gerais das Províncias do Brasil, com a seguinte justificativa: "... Desejando eu, para utilidade geral do Reino Unido e particular do bom povo do Brasil, ir de antemão dispondo e arraigando o sistema constitucional, que êle merece e eu jurei dar-lhe, formando desde já um centro de meios e de fins com que melhor se sustente e defenda a integridade e liberdade dêste fertilíssimo e grandioso país, e se promova a sua futura felicidade: Hei por bem mandar convocar um Conselho de Procuradores Gerais das Províncias do Brasil, que as representem inteiramente ..."

Os procuradores, segundo o decreto, deveriam ser nomeados pelos eleitores de paróquia juntos nas Cabeças de Comarca, devendo as eleições ser apuradas pela Câmara da Capital da Província. Ao Príncipe Regente caberia a presidência das sessões, às quais assistiriam os Ministros e Secretários de Estado, com direito a voto, tendo o Príncipe fixado para o Conselho as seguintes atribuições:

"1º) aconselhar-me tôdas as vêzes que por mim fôr mandado, em todos os negócios mais importantes e difíceis;

"2º) examinar os grandes projetos de reforma que se devam fazer na Administração Geral e particular do Estado, que lhe forem comunicados;

"3º) propor-me as medidas e planos que lhe parecerem mais urgentes e vantajosos ao bem do Reino Unido, e à prosperidade do Brasil;

"4º) advogar e zelar cada um dos seus membros pelas utilidades de sua Província respectiva."

Ainda nos termos do decreto, os membros teriam o tratamento de Excelência o o Conselho precederia a tôdas as outras corporações do Estado, gozando seus membros de tôdas as preeminências de que gozavam então os Conselheiros de Estado no Reino de Portugal.

Como se vê, êsse Conselho tinha competência muito ampla, que não se esgotava num objetivo imediato. Entretanto, sua duração também não foi longa. De fato, tendo sido proclamada a Independência do Brasil e estando já convocada a Assembléia-Geral Constituinte, o já então Imperador D. Pedro I, por Carta de Lei de 20.10.1823, revogou o decreto de 16.2.1822, extinguindo assim o Conselho de Procuradores-Gerais das Províncias. E tornando claro, ao estudioso de hoje, que tal extinção se dava com o intuito de afirmar o poder pessoal do Imperador e a supremacia de sua vontade livre, o art. 4º da Carta de Lei dispunha: "Enquanto a Constituição não decretar a existência de um Conselho do Imperador, são tão-somente Conselheiros de Estado os Ministros e Secretários do Estado".

Assim deixava de existir, em 20.10.1823, o segundo Conselho, denominado "de Procuradores", mas organizado e tratado, pelo próprio Imperador, como Conselho de Estado.

4. Poucos dias depois, em 12.11.1823, o Brasil mergulharia, outra vez, em profunda crise, com a dissolução da Assembléia Constituinte por ato de D. Pedro I.

Em face da nova situação, o Imperador, num decreto de 13.11.1823, lembrava que havia dissolvido a Assembléia-Geral Constituinte Legislativa no dia anterior e que, no entanto, prometera um projeto de Constituição para ser remetido às Câmaras. "...E como para fazer semelhante projeto com sabedoria e apropriação às luzes, civilização e localidades do Império, se faz indispensável que eu convoque homens probos e amantes da dignidade imperial e da liberdade dos povos: Hei por bem criar um Conselho de Estado, em que também

se tratarão os negócios de maior monta ...".

O Conselho teria, pois, um objetivo imediato, que era a elaboração do projeto de Constituição, mas além disso funcionaria como assessor do Executivo nos assuntos de maior importância. Os Ministros do Império, então em número de seis, eram considerados Conselheiros natos, somando-se a eles o Desembargador do Paço e três Conselheiros da Fazenda.

Esse Conselho de Estado não foi propriamente extinto, mudando, todavia, sua natureza, com a outorga da Constituição de 25.3.1824, quando surgiu como um órgão constitucional, com maior autoridade, portanto, além de ter mais bem definidas sua organização e suas atribuições.

5. O Título V da Constituição brasileira de 1824 trata "Do Imperador", cuidando-se no Capítulo VII, que compreende os arts. 137 a 144, "do Conselho de Estado".

Ai se estabelece que haveria um Conselho de Estado composto de conselheiros vitalícios, nomeados pelo Imperador e em número não excedente a dez. Nesse número não se incluíam os Ministros de Estado, que só seriam reputados conselheiros quando para tanto nomeados pelo Imperador. Exigia-se dos membros nomeados para o Conselho que, antes da posse, jurassem, perante o Imperador: "Manter a religião católica, apostólica, romana; observar a Constituição e as leis; ser fiéis ao Imperador; aconselhá-lo, segundo suas consciências atendendo somente ao bem da Nação".

Quanto à competência, dispôs o art. 142 que os Conselheiros seriam ouvidos em todos os negócios graves e medidas gerais da pública administração, principalmente sobre a declaração de guerra, ajustes de paz, negociações com as nações estrangeiras, assim como em todas as ocasiões em que o Imperador se propusesse exercer qualquer das atribuições próprias do Poder Moderador,

exceção feita à nomeação e demissão de Ministros de Estado.

No tocante aos requisitos para ser Conselheiro, foram estabelecidos os mesmos exigidos para ser membro do Senado, enumerados no art. 45 da Constituição, a saber: 1º) que fôsse cidadão brasileiro no gozo dos direitos políticos; 2º) que tivesse de idade 40 anos ou mais; 3º) que fôsse pessoa de saber, capacidade e virtudes, sendo preferíveis os que tivessem feito serviços à Pátria; 4º) que tivesse de rendimento anual, por bens, indústria, comércio ou emprego a soma de 800\$000 (oitocentos mil réis).

O art. 143 estabelecia que os Conselheiros de Estado seriam responsáveis pelos conselhos que dessem e que fôsssem opostos às leis e aos interesses do Estado, quando manifestamente dolosos.

Esse Conselho, combatido pelos liberais por ser considerado um órgão conservador, auxiliar do Imperador, deixou de existir em 12.8.1834, através do chamado "Ato Adicional", que alterou inúmeros dispositivos da Constituição e cujo art. 32 simplesmente estabelecia: "Fica suprimido o Conselho de Estado de que trata o Título V, Capítulo VII, da Constituição".

6. O último ato de criação de um Conselho de Estado, no Brasil, ocorreu em 23.11.1841, com a publicação da lei n. 234, imperando D. Pedro II. Este Conselho, criado por lei ordinária, teve longa duração, só se extinguindo após a proclamação da República, por ato do Governo Provisório.

Em relação ao seu predecessor, este Conselho apresentava algumas inovações importantes. Assim, embora seus membros fôsssem igualmente vitalícios, o art. 2º da lei n. 234 permitia que o Imperador dispensasse qualquer Conselheiro de suas funções, por tempo indefinido. Ele continuaria com o título e as prerrogativas de Conselheiro, mas sem atribuições.

O Conselho se reuniria em sessão plenária ou por grupos, denominados

"secções". No primeiro caso a presidência caberia ao Imperador e, no segundo, ao Ministro de Estado cuja consulta estivesse em debate. Estas normas fizeram com que prosseguisse a oposição liberal ao Conselho, cuja liberdade de ação, sobretudo em matéria de interesse político, era bastante limitada pela presença constrangedora do Imperador e dos Ministros.

A competência do Conselho de Estado foi consideravelmente ampliada, uma vez que, além dos assuntos que anteriormente lhe eram cometidos pela Constituição, foi encarregado de outros, conforme se verifica pela seguinte discriminação feita no art. 7º da lei:

"Art. 7º. Incumbe ao Conselho de Estado consultar em todos os negócios em que o Imperador houver por bem ouvi-lo para resolvê-los; e principalmente:

"1º) Em todas as ocasiões em que o Imperador se propuser exercer quaisquer das atribuições do Poder Moderador, indicadas no art. 101 da Constituição (não se excetuava mais a nomeação e a demissão de Ministros).

"2º) Sobre declaração da guerra, ajustes de paz e negociações com as nações estrangeiras.

"3º) Sobre questões de prêsas e indenizações.

"4º) Sobre conflitos de jurisdição entre as autoridades administrativas, e entre estas e as judiciárias.

"5º) Sobre abusos das autoridades eclesiásticas.

"6º) Sobre decretos, regulamentos e instruções para a boa execução das leis, e sobre propostas que o poder executivo tenha de apresentar à Assembléa Geral."

A inovação que teve maior significação prática foi a do item 4º, que deu ao Conselho de Estado a condição de um verdadeiro contencioso administrativo, embora as decisões fôsssem do

Imperador, que acataria ou não o parecer dos Conselheiros. Nesta área se produziu farta e valiosa jurisprudência, tendo sido esta a razão principal de se ter lamentado a extinção do Conselho, pelo governo provisório da República, segundo observam vários autores (os administrativistas brasileiros não são unânimes no louvor ao contencioso administrativo, conforme se verá).

Assinale-se, porém, que os constitucionalistas que se ocuparam do assunto ressaltaram outras vantagens, além dessa, do Conselho de Estado. E sobretudo digna de atenção a apreciação de Pimenta Bueno, que considerou valiosa a colaboração dos Conselheiros na preparação das leis e regulamentos, "coadjuvando poderosamente o governo e a administração". Ressalta ainda o Marquês de São Vicente que o Conselho se fez indispensável para possibilitar "a existência de uma marcha estável, homogênea, para a unidade de vistas e de sistema". Acrescenta o mesmo notável autor que o Conselho de Estado, neutralizando os inconvenientes da passagem, muitas vezes rápida, de Ministros com pontos-de-vista até contraditórios, deu uniformidade à inteligência e aplicação das leis administrativas e à solução dos conflitos de atribuições.²

II — O Conselho de Estado e a República

7. Ao ser proclamada a República no Brasil aboliu-se, novamente, o Conselho de Estado. Nessa oportunidade a extinção desse órgão não foi expressamente declarada em qualquer texto de lei, tendo ocorrido, entretanto, de maneira muito clara, embora por via indireta.

Com efeito, no art. 7º da lei n. 234, de 1841, que criara o Conselho, ficara estabelecida sua competência nos seguintes termos:

2. Cf. "Direito Público Brasileiro e Análise da Constituição do Império", pág. 230 e segs.

"Incumbe ao Conselho de Estado consultar em todos os negócios em que o Imperador houver por bem ouvi-lo para resolvê-los", vindo em seguida uma enumeração dos principais assuntos sobre os quais, como órgão de assessoria do Imperador, o Conselho deveria manifestar-se.

Ora, o decreto n. 1, de 15.11.1889, declarou "proclamada provisoriamente e decretada como a forma de governo da nação brasileira — a República Federativa", esclarecendo que, enquanto não se procedesse à eleição do Congresso Constituinte do Brasil, as atribuições governamentais caberiam a um Governo Provisório da República. Assim sendo, cessada a competência do Imperador ficou sem função o órgão que o assessorava, o que não teria ocorrido de forma automática apenas se o Conselho fosse considerado órgão auxiliar "do Poder Executivo", não especificamente "do Imperador".

Ao ser elaborada a Constituição da República não se fez qualquer referência ao Conselho de Estado. Na opinião de Mário Masagão ocorreu um grande equívoco, pois "o Governo Provisório instituído em 1889 entendeu que o Conselho de Estado era uma instituição peculiar à monarquia e por isso o extinguiu".³

Entretanto, considerando-se que tiveram importância decisiva as idéias de Ruy Barbosa na primeira Constituinte republicana e tendo em conta os pronunciamentos do eminente jurista pátrio sobre o assunto, verifica-se que houve outras razões para a extinção do Conselho de Estado. De fato, é possível que se tivesse criado no Brasil uma imagem deformada desse órgão, associando-o à organização monárquica. Houve, porém, razões de ordem doutrinária que influíram nessa decisão, não se devendo perder de vista que se procurou transplantar para o nosso país o sistema político norte-americano, que era então caracterizado como de "executivo unipessoal" e de absoluta "independên-

3. Cf. "Curso de Direito Administrativo", tomo I, pág. 72.

cia dos Podêres". Não havia, portanto, lugar para um órgão que, ligado ao Poder Executivo, iria alterar sua configuração e, se dotado da competência que tivera no Império, iria quebrar a desejada independência harmônica dos três Podêres clássicos.

III — A restauração do Conselho de Estado e do Contencioso Administrativo

8. Conforme têm assinalado vários autores, procurando demonstrar o erro da abolição do Conselho de Estado, a prática da vida republicana desde logo demonstrou que era imprescindível a existência de um órgão de consulta e orientação, que assegurasse a permanência das diretrizes básicas e a harmonia entre os inúmeros órgãos do governo.

Verificou-se que o Presidente da República não teria condições para estudar pessoalmente os assuntos pendentes de suas decisões, o mesmo ocorrendo com os Ministros de Estado. Para remediar a falta do Conselho de Estado foram sendo criados órgãos de consultoria, à medida em que as necessidades foram-se tornando mais prementes.

Em 2.1.1903, através do decreto legislativo n. 967, foi criado o cargo de Consultor-Geral da República, ficando logo evidente que esse único funcionário não poderia atender convenientemente a todas as solicitações. Em 1906 criou-se o cargo de Consultor Jurídico do Ministério das Relações Exteriores, dando-se também atribuição consultiva ao Procurador-Geral da Fazenda Nacional em 1909. A partir de então, os demais Ministérios passaram a ter seus órgãos de consulta, desempenhando-se em compartimentos estanques, sem qualquer fator de unificação, as atribuições de consultoria indispensáveis em qualquer setor da administração Pública.

9. No período republicano, houve uma séria tentativa de criação de um Conselho de Estado, através da Câmara dos Deputados. Com esse intuito, no ano de 1910 o deputado paulista Arnolfo

Azevedo apresentou projeto de lei, que recebeu o n. 357.

Segundo o art. 1º do projeto, seria criado um conselho — denominado Conselho Federal da República — com o fim de deliberar "mediante consulta dos órgãos do Poder Público Federal ou Estadual e das Municipalidades, sobre todos os assuntos de ordem política e administrativa". A principal crítica a esse artigo, nos intensos e prolongados debates que o projeto suscitou, dirigia-se à concessão da possibilidade de consulta aos Estados e Municípios.

Nos termos do art. 2º, as decisões, tomadas por maioria absoluta, constituiriam:

a) assentos de boas normas de administração republicana, quando convocados por consulta do Presidente da República e dos Ministros, ou dos Presidentes ou Governadores dos Estados;

b) advertências salutares sobre a política da Administração, quando forem tomadas por solicitação das Câmaras, Conselhos ou Intendências Municipais.

No art. 3º fixavam-se várias normas de organização e funcionamento, entre as quais:

1º) As sessões não seriam abertas ao público, dividindo-se em ordinárias, realizadas uma vez por mês, e extraordinárias, levadas a efeito quando qualquer membro julgasse necessário;

2º) à semelhança do que se fizera a partir de 1841, haveria seções especializadas por assunto, ficando deferida ao regimento interno a fixação das seções e comissões;

3º) os pareceres, as deliberações e as decisões deveriam ser publicados no Diário Oficial, mantendo-se em sigilo as matérias que, por motivos de interesse nacional, não fosse conveniente dar a público.

Os membros do Conselho, nos termos do art. 4º, seriam de duas categorias, a saber:

1º) Membros natos: O Presidente da República; O Vice-Presidente da República; Os ex-Presidentes da República;

Os ex-Vice-Presidentes da República; O Presidente do Supremo Tribunal Federal; O Presidente do Supremo Tribunal Militar; O Vice-Presidente do Senado; O Presidente da Câmara dos Deputados;

2º) Membros efetivos: Cinco cidadãos brasileiros, de notável e provada capacidade administrativa.

Em primeiro lugar, mereceu acerbas críticas a inclusão do Presidente da República, considerando-se que não teria sentido êle participar da elaboração de respostas às suas próprias consultas. Além disso, ressaltou-se que nem o Presidente da República, nem os presidentes das outras instituições enumeradas, teriam tempo e vagar para uma efetiva participação nos trabalhos do Conselho. Outra crítica foi dirigida ao número de membros efetivos, que foi considerado exíguo pela extensão e importância das atribuições.

Quanto ao processo para nomeação dos Conselheiros efetivos, previa-se, no art. 5º, que êles seriam escolhidos pelo próprio Conselho, por maioria absoluta de votos, em escrutínio secreto, entre cidadãos propostos pelo Presidente da República. A escolha assim feita, ainda ficaria na dependência de aprovação do Senado. O artigo seguinte estabelecia a vitaliciedade dos Conselheiros, aos quais ficava assegurada a possibilidade de acumulação com funções do Legislativo, do Executivo ou do Judiciário.

Pelo art. 7º assegurava-se um subsídio mensal aos Conselheiros que nada recebessem dos cofres públicos, prevendo-se uma complementação para os que percebessem menos do que certa quantia, dispondo-se no art. 8º que a presidência do Conselho caberia ao Presidente da República, atribuindo-se a administração do órgão a um dos seus membros.

Finalmente, após considerar aspectos de menor relevância nos arts. 9º e 10, dispunha o projeto, no art. 11: "O Conselho poderá exigir informações, esclarecimentos e até a presença de empregados e funcionários da União e dos Estados, que, sob pena de responsabili-

dade, são obrigados a atender nos prazos que lhes forem marcados".

Houve intensos debates em torno desse projeto, que, embora não logrando aprovação, teve o apoio de uma corrente ponderável. Através de dois importantes pareceres, exarados na Câmara dos Deputados, poder-se-á ter uma boa síntese do que foram aqueles debates.

No ano de 1911 o Deputado Pedro Moacyr, do Rio Grande do Sul, tecia várias considerações, sem concluir quanto à conveniência de aprovação ou rejeição do projeto, deixando ao plenário essa consideração. Em sua opinião o Conselho de Estado era perfeitamente compatível com a organização federativa, parecendo-lhe bastante louvável a idéia de aproveitamento da experiência de antigos Presidentes e Vice-Presidentes da República. Sua principal dúvida residia na compatibilidade do Conselho com o sistema presidencial, conforme se verifica pelos argumentos que passamos a transcrever:

"O presidencialismo, em doutrina, repousa sobre os princípios de unidade e plena responsabilidade quanto ao supremo depositário do Poder Executivo, quanto ao Governo propriamente dito. Governa um só, e só este, o Presidente da República, é responsável pela alta direção da ordem e da política interna e externa do país. A presunção legal é que tal responsabilidade, da qual não participam sequer os Ministros, simples secretários da confiança presidencial, não se divide".

E mais adiante acrescentava: "Apesar de meramente consultivo, o Conselho Federal, instituído pelo projeto, irá dividir de fato a responsabilidade do poder com pessoas de uma corporação que, por seus elementos componentes, pelos seus conselhos ao Governo, pelas suas advertências e deliberações, não deixará de influir na decisão, isto é, na execução das funções diretivas da sociedade e assim tornar-se-á indiretamente, mas irrecusavelmente, um poder novo, sem responsabilidades apreciáveis no organismo político e administrativo da República".

Coube ao culto deputado mineiro Afrânio de Mello Franco, no ano de 1912, emitir parecer sobre o projeto, tendo ele adotado posição francamente favorável à criação do Conselho. Procurando combater as objeções levantadas, seu parecer ressalta, desde logo, que o órgão proposto não repartiria com o Presidente da República a responsabilidade, nem impediria que os Ministros, auxiliares e agentes de confiança do Chefe do Executivo, tivessem influência maior que a do mesmo Conselho Federal da República.

Citando Woodrow Wilson, através de sua obra "Congressional Government", lembra que "nossos presidentes da época atual vivem por procuração; eles são o Executivo em teoria; mas os Secretários são o Executivo de fato; eles são antes os colegas do Presidente que seus conselheiros... O Presidente agora quase não é o Executivo; ele é o chefe da administração, apenas designa o Executivo".

Em seguida, procurando demonstrar que o presidencialismo não era incompatível com a existência de um órgão como o Conselho proposto, Afrânio de Mello Franco pondera: "O regime presidencial, por ser um daqueles em que a ação estritamente governativa é atribuída a um só homem, não é, entretanto, incompatível com a existência de uma corporação, a que o próprio Chefe de Estado possa recorrer, pedindo a opinião da mesma sobre assuntos importantes do Governo e do interesse geral da Nação".

Entretanto, afinal, na apreciação do mérito, afirma, com bastante ênfase, a conveniência da medida proposta, sobretudo em face das condições brasileiras, concluindo: "No Brasil ele (Conselho) será de incontestável utilidade, porque muito concorrerá para a unidade de vistas, que tanto convém manter nas grandes linhas da administração entre os governos que se sucedem de quatro em quatro anos, e porque muito contribuirá para a generalização das boas normas políticas e perfeita assimilação dos verdadeiros princípios do

regime — o que será, certamente, um poderoso fator da nossa coesão nacional".⁴

Apesar de toda a argumentação favorável, a iniciativa não prosperou, não havendo notícia, no período republicano, de outro projeto visando semelhante objetivo.

10. Há poucos anos voltou-se a cogitar, no Brasil, de um órgão independente, colocado acima dos interesses de grupos e das paixões partidárias, que teria o caráter de um Conselho da República. Dêle participariam ex-Presidentes da República e outras personalidades de grande prestígio e com assinalados serviços prestados ao país, contribuindo com sua experiência para orientar as decisões dos principais órgãos da República. Essa idéia, entretanto, não foi consagrada em qualquer dispositivo legal, nem mesmo como possibilidade futura, tendo sido, pelo menos por ora, completamente abandonada.

Em termos de conveniência para o país e de coerência com o sistema político brasileiro, pode-se dizer que não haveria qualquer empecilho, de ordem jurídica ou político-constitucional, à criação de um órgão dessa natureza, não havendo temeridade em reconhecer-se que ele poderia ser de grande utilidade prática. Aos argumentos anteriormente referidos, quanto à compatibilidade com o sistema presidencial, pode-se acrescentar que, praticamente, o presidencialismo já não se aplica em sua pureza doutrinária, tendo-se transformado segundo as contingências de cada época e de cada lugar, havendo muitos regimes — como, por exemplo, o francês — que dificilmente se enquadrariam como presidencialismo ou parlamentarismo.

Por último, é importante assinalar que, mais do que a pureza doutrinária ou a denominação do sistema, é importante sua adequação à realidade. Assim sendo, os órgãos que, em determi-

4. "Apud", Viveiros de Castro, "Estudos de Direito Público" pág. 630 e segs.

nado meio social e em dado momento histórico, forem considerados necessários ou convenientes, deverão ser aceitos, sem considerações por qualquer restrição de caráter meramente teórico.

11. O contencioso administrativo parece mais próximo de ressurgir no Brasil, estando agora prevista, em dispositivo constitucional, sua criação.

De fato, a Carta Constitucional de 17.10.1969, oficialmente designada como Emenda Constitucional n. 1, diz em seu art. 111: "A lei poderá criar contencioso administrativo e atribuir-lhe competência para o julgamento das causas mencionadas no artigo anterior". As causas aí referidas são questões envolvendo relações de trabalho, quando o empregador for a União ou um ente público federal.

Há dois aspectos interessantes a serem examinados, perante essa possibilidade de retorno do contencioso administrativo: O da conveniência e o da legalidade. Se o redator do texto constitucional resolveu incluir o dispositivo do art. 111, que não constava do texto de 1967, foi, evidentemente, por estar convencido da excelência da instituição e da inexistência de obstáculos de natureza jurídica na organização brasileira. Além disso, deve-se crer que o inspirador ou autor de tal dispositivo julgava estar atendendo a um anseio dos publicistas brasileiros, especialmente dos cultores do Direito Administrativo, cuja opinião deve pesar bastante na consideração dessa matéria.

Por tais motivos, será interessante, antes de mais nada, inquirir sobre o pensamento dos doutrinadores brasileiros a respeito do assunto. Assinale-se, desde logo, o que para alguns talvez constitua surpresa, que os administrativistas brasileiros divergem na apreciação de nossa experiência de contencioso administrativo, pois enquanto muitos se referem a ele com manifestada simpatia,⁵ outros, também respeitá-

5. Cf. Mário Masagão, "Curso de Direito Administrativo", tomo I, pág. 72, e "Em Face da Constituição Federal o Contencioso Administrativo não existe no Brasil", pág. 175.

veis, consideram-no uma anomalia em boa hora extirpada.

Entre os que tomam posição nitidamente contrária ao contencioso administrativo podem-se mencionar Guimarães Menegale e Hely Lopes Meirelles. É tendo em vista que a maioria dos autores se refere elogiosamente à instituição, sobretudo pela riqueza doutrinária de seus pronunciamentos, e considerando que se volta a cogitar do seu restabelecimento no Brasil, será oportuno conhecer-se a argumentação de um de seus mais ferrenhos opositores, que é o já referido Guimarães Menegale.

Seu primeiro argumento é que o contencioso administrativo não faz parte das tradições jurídicas brasileiras, não tendo sido herdado de Portugal, que, cioso das prerrogativas do monarca, jamais admitiu uma instituição daquela natureza. Para confirmação disso menciona a opinião do Visconde do Uruguai, que reputa "o primeiro enfadado e ilegal ensaio de contencioso administrativo entre nós o art. 8º da lei n. 234 de novembro de 1841, que instituiu o Conselho de Estado". De fato, o contencioso administrativo não foi criado como instituição autónoma, tendo surgido como uma das atribuições do Conselho de Estado.

Assevera Menegale que, ao abolir o contencioso, a Constituição de 1891 respondeu à aspiração dos juristas e dos estadistas de larga influência no país, entre os quais o Visconde de Ouro Preto, que considerava o contencioso inconstitucional, uma vez que a Constituição assegurava a inamovibilidade dos juizes, só cabendo, portanto, a função de julgar a quem gozasse dessa garantia.

Como último argumento, lembra Guimarães Menegale, apoiando-se neste ponto em Ruy Barbosa, que a primei-

1. Cf. J. Guimarães Menegale, "Direito Administrativo e Ciência da Administração", pág. 493 e segs. Hely Lopes Meirelles, "Direito Administrativo Brasileiro", pág. 39 e segs.

ra Constituição republicana do Brasil se inspirou nos princípios informativos da lei básica norte-americana, onde se estabelece com bastante nitidez a área de competência do Poder Judiciário, não sendo admissível que nela penetre um órgão de jurisdição ligado ao Poder Executivo.?

Esses, em síntese, os principais argumentos, reiterados pelos autores que adotam a mesma posição, para negar a valia do contencioso administrativo na organização brasileira.

Cabe agora indagar até que ponto esses argumentos são válidos em face da atual ordenação jurídica do Brasil, parecendo-nos que o exame do assunto será mais percutiente e mais objetivo se feito através dos dois aspectos já mencionados: o da conveniência e o da legalidade.

a) Quanto à conveniência:

Para um julgamento de conveniência é, em princípio, irrelevante saber se o instituto é tradicional no sistema brasileiro ou se foi uma criação desta, surgida em época remota ou recente. De fato, basta que se atente para o ocorrido com o mandado de segurança, que, criado no Brasil há pouco mais de 30 anos, está de tal forma incorporado ao sistema brasileiro de garantias de direitos, que a impossibilidade de sua utilização com maior ou menor amplitude dá a medida do caráter democrático do regime político vigente em certo momento.

Um dos mais sérios problemas que afetam as práticas administrativas brasileiras é a inexistência de um Código de Processo Administrativo ou coisa semelhante, que uniformize o procedimento da administração pública, que estabeleça normas processuais administrativas de aplicação geral e que, em última análise, elimine a tremenda variedade de regras, de ritos, de competências, de prazos, de penalidades, que tornam impossível a intervenção em qualquer processo administrativo sem o

7. J. Guimarães Menegale, loc. cit

conhecimento de uma determinada lei aplicável somente a uma hipótese específica.

Parece fora de dúvida que um órgão do tipo do contencioso administrativo poderia colaborar valiosamente para essa necessária uniformização, pois isso já ocorreu na segunda metade do século passado e foi justamente o fator que mais contribuiu para o prestígio do Conselho de Estado.

Sendo um órgão especializado, integrado por pessoas comprovadamente conhecedoras do assunto, o contencioso poderá contribuir para a implantação de um sistema orgânico e coerente, impedindo a proliferação de múltiplos sistemas autónomos e muitas vezes até contraditórios, além de corrigir a anomalia das decisões improvisadas e arbitrárias, adaptadas às conveniências momentâneas de cada repartição.

Assim, pois, desde que bem estruturado, integrado por verdadeiros especialistas e apto a funcionar livre de injunções políticas, o contencioso administrativo poderá ser de alta conveniência para o aperfeiçoamento do sistema jurídico brasileiro.

b) Quanto à legalidade:

O argumento invocado pelo Visconde do Uruguai e por Ruy Barbosa, e lembrado por Guimarães Menegale e Hely Lopes Meirelles, segundo o qual o contencioso administrativo seria incompatível com a Constituição republicana, por invadir a esfera de competência privativa do Poder Judiciário, precisa ser considerado mais detidamente. Isto porque, embora com pequena atenuação quanto à rigidez, perdura na organização brasileira a ideia do respeito à independência dos Poderes.

Poder-se-á mesmo acrescentar mais um argumento de natureza constitucional, que torna imperativo o exame cuidadoso do assunto, para que se encontre uma solução adequada e indubitavelmente legal. Trata-se do obstáculo representado pelo § 4º do art. 153 da Carta Constitucional de 1969, segundo o qual

"a lei não poderá excluir da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão do direito individual".

Ora, ao prever-se a possibilidade de criação do contencioso administrativo no Brasil, pelo art. 111 anteriormente transcrito, a matéria foi remetida para a legislação ordinária, com a única especificação constitucional de que ao contencioso, se criado, poderá ser atribuída "competência para o julgamento das causas" mencionadas no artigo anterior, ou seja, daquelas que envolvem "litígios decorrentes de relações de trabalho dos servidores com a União, inclusive as autarquias e as empresas públicas federais", e que são, agora, de competência dos juizes federais.

A utilização da expressão "julgamento das causas" parece tornar evidente que tais feitos não terão o caráter de Processos administrativos. Disse modo, o contencioso administrativo irá substituir os juizes federais, que são órgãos do Poder Judiciário? Nota-se que a atribuição de competência não se prende a determinadas "matérias", mas às próprias "causas" em que essas matérias são decididas, o que autoriza a conclusão de que tais "causas" já não deverão ir à Justiça Federal, depois da decisão do contencioso ou antes dela, para que não ocorra dualidade de competências sobre os mesmos conflitos.

E como o art. 110 da Carta Constitucional dá ao Tribunal Federal de Recursos competência para conhecer, em grau de recurso, das decisões dos juizes federais sobre aqueles assuntos, pergunta-se agora: E das decisões do contencioso administrativo caberá recurso para o Tribunal Federal de Recursos? Será razoável que um órgão jurisdicional de segunda instância conheça de um feito que não passou pela primeira instância, mas proveio de um órgão que substitui o Juízo de primeiro grau, sem, no entanto, integrar o Poder Judiciário? Ou será mais correto entender-se que o contencioso administrativo poderá também absorver a competência recursal prevista no art. 110?

Na realidade, parece-nos que essa possibilidade de recorrer ao Tribunal Federal de Recursos, não obstante representar uma inovação absoluta, será o único meio de conciliar a criação do contencioso administrativo com as exigências constitucionais. De fato, embora competente para o julgamento de "causas" o contencioso não integrará o Poder Judiciário. Por esse motivo, suas decisões só poderão fazer coisa julgada em relação ao Executivo e ao Legislativo, uma vez que seus julgados poderão conter, em tese, uma lesão a direito individual, sendo assim imperativo que o Judiciário possa apreciar a eventual lesão.

Poderia ser aventada a hipótese de manutenção da competência do Juízo Federal de primeira instância, encarando-se os julgamentos do contencioso como simples decisões administrativas. Neste caso, porém, o contencioso administrativo já não estaria julgando "causas" e sim processos administrativos, contrariando a norma constitucional que prevê sua criação e lhe fixa a competência.

Por todos esses motivos, ainda que assustadora pelo inusitado, parece-nos que a conclusão inevitável, capaz de possibilitar a criação do contencioso administrativo sem ofensa a qualquer norma constitucional será exatamente essa: A atribuição de competência para que ele julgue, em primeira instância, as causas mencionadas no art. 110 da Constituição, numa simbiose de decisão administrativa e judicial. Dessas decisões

caberá recurso ao Tribunal Federal de Recursos, quando houver alegação, fundamentada, de lesão a direito individual.

Tal solução, absolutamente original, iria configurar um novo fenômeno de interpenetração dos Poderes do Estado, o que, por si só, não deverá desencorajar a experiência. Evidentemente, é de toda conveniência que muitos meditem previamente, sobre as mais prováveis conseqüências de tal simbiose, pois uma inovação dessa ordem deverá produzir efeitos muito sérios e profundos.

Será indispensável, entretanto, que nem a volúpia da novidade, nem o excessivo apêgo às fórmulas tradicionais ou o amor à simetria levem a uma aceitação ou condenação preconcebidas.

BIBLIOGRAFIA

- Cretella Júnior, José, "Direito Administrativo Brasileiro", vol. V, São Paulo, 1962; "Tratado de Direito Administrativo", vol. VI, São Paulo, 1969.
- Leal, Aureliano, "História Constitucional do Brasil", Rio de Janeiro, 1915.
- Masagão, Mário, "Em Face da Constituição Federal não existe no Brasil o Contencioso Administrativo", São Paulo, 1927; "Curso de Direito Administrativo", São Paulo, 1959.
- Meirelles, Hely Lopes, "Direito Administrativo Brasileiro", São Paulo, 1966.
- Menegale, J. Guimarães, "Direito Administrativo e Ciência da Administração", Rio de Janeiro, 1957.
- Pimenta Bueno, J. A., "Direito Público Brasileiro e Análise da Constituição do Império", Rio de Janeiro, 1958.
- Viveiros de Castro, A. O., "Estudos de Direito Público", Rio de Janeiro, 1914.

AÇÃO DE RESPONSABILIDADE CIVIL E OUTROS ESTUDOS

MÁRIO MOACYR PÓRTO

224 págs. — brochura — 1966

Desembargador e Professor de Direito, o autor reúne neste livro estudos do mais alto valor sobre a responsabilidade civil e a correspondente ação, em matéria de acidentes, seguros, danos, alimentos, etc.

RT EDITORA
REVISTA DOS
TRIBUNAIS

LIVRARIA REVISTA DOS TRIBUNAIS
Rua Conde do Pinhal, 78 — São Paulo