

JUSTIÇA & CIDADANIA

Edição 142 • Junho 2012



XXII TROFÉU DOM QUIXOTE

Ministro da Justiça, José Eduardo Cardozo, recebendo o troféu Dom Quixote das mãos do Presidente do Instituto Justiça & Cidadania, Tiago Salles

Editorial: A liberdade de imprensa e a CPI do Cachoeira

O MODELO FRANCÊS DE JURISDIÇÃO ADMINISTRATIVA E SUA INFLUÊNCIA NA CRIAÇÃO DO CONSELHO DE ESTADO BRASILEIRO NO PERÍODO IMPERIAL

Gustavo Direito | Juiz de Direito do TJERJ

Introdução

A proposta do presente trabalho é a de investigar a relação entre o modelo de jurisdição administrativa adotado na França e a sua influência no Conselho de Estado brasileiro. Busca-se descobrir as fontes que deram origem a ideia de um Conselho de Estado no Brasil e a sua importância na formação da cultura jurídica nacional no âmbito do Direito Administrativo e Constitucional.

Note-se, inicialmente, que, em recente manifestação à imprensa, o Ministro Cezar Peluso defendeu a alteração da competência do STF para que esta abrangesse a possibilidade de analisar antecipadamente os projetos de lei, nos moldes do modelo de controle de constitucionalidade *a priori* adotado na França.

Tal manifestação surgiu dentro dos debates públicos que se seguiram após a votação da aplicação da Lei Complementar 35/2010 (Lei da “Ficha Limpa”) às eleições de 2010. Este fato demonstra a atualidade da questão da atuação bi-partida, consultiva e contenciosa, de órgão da Administração Pública. Resta saber se – em uma análise histórica – esta atuação poderia ser exercida pelo Supremo Tribunal Federal, tal como o Conselho Constitucional a exerce na França. De todo modo, este ponto já está inserido no próprio estudo do Conselho de Estado francês e brasileiro que ora se propõe.

Com efeito, as situações atuais confirmam a importância de se estudar a influência do Conselho de Estado francês no desenvolvimento do pensamento e da aplicação do Direito no Brasil. O Conselho de Estado

brasileiro – que se extinguiu com a República – ainda é uma referência quando se analisa a evolução do Direito Administrativo brasileiro.

Deveras, é fato que o pensamento jurídico francês ocupou papel de destaque na formação jurídica ocidental. A Declaração dos Direitos dos Homens e Cidadãos, de 26 de agosto de 1789, foi o embrião que inspirou as Constituições liberais, inclusive a nossa Constituição Imperial de 1824, que em seu artigo 179 e incisos garantiu a proteção aos Direitos dos Homens.

Assim, a formação de um órgão técnico para proteger internamente estas garantias constitucionais era decorrência lógica da enumeração destes direitos ditos fundamentais. Em uma palavra, a ideia de um Conselho composto pela elite intelectual brasileira para auxiliar o Imperador no exercício do seu Poder Moderador estava, de certa forma, inserida no próprio pensamento francês de proteção às liberdades públicas. Era a concepção iluminista do “Príncipe intelectual”.

Por isso, aqueles que assumiam o papel de Conselheiros do Rei estavam, em verdade, criando uma nova forma de se interpretar o Direito dentro de um sistema de proteção às liberdades individuais.

É por isso que se identifica no curso de nossa história a aparente confusão entre as denominações “conservadores” e “liberais”. Os conservadores, muitas das vezes, defendiam uma proteção mais direta aos direitos fundamentais. Esta defesa pode ser identificada como sendo fruto da formação europeia recebida por aqueles que se enquadravam na linha política conservadora.

Logo, o plano a ser elaborado no presente projeto é o de se investigar a influência francesa na concepção do Conselho de Estado Brasileiro e por consequência na própria formação de uma cultura jurídica nacional e no seu efeito dentro da cúpula do sistema político pátrio.

A Justiça administrativa na França

A França apresenta um modelo único de jurisdição bi-partida. O sistema judiciário francês é dividido em justiça administrativa e justiça judicial.

A jurisdição administrativa exerce, na França, duas funções distintas: atua como uma jurisdição propriamente dita, conhecendo e julgando as causas que envolvam questões administrativas e como consultora jurídica do Governo e da Administração.

A estrutura da justiça administrativa na França tem seu berço na revolução francesa de 1789 e se fundamenta na desconfiança do poder revolucionário em relação ao Poder Judiciário que representava o antigo regime. A história da justiça administrativa brasileira, como se verá – apesar de ter sido constituída basicamente a imagem do modelo francês – traçou um caminho inverso. Em uma palavra, a sua extinção foi fruto da desconfiança da nova ordem com um Conselho de Estado comprometido com o Imperador, e com as suas ideias.

Com efeito, a jurisdição administrativa francesa nasceu com o legislador revolucionário que proibiu que os juízes judiciais conhecessem e julgassem os atos da Administração (Lei de 16 e 24 de agosto de 1790).

A não submissão dos atos da Administração ao Juiz comum, para o legislador revolucionário, decorria da própria essência do princípio da tripartição dos poderes. Era necessário criar uma justiça especial para julgar tais atos e impedir a ingerência de um Poder sobre o outro.

Assim, através da lei de 28 Pluviôse Ano VIII apareceram os Conselhos de prefeitura, compostos por membros da Administração ativa. Bonaparte cria, então, o modelo atual do Conselho de Estado. Será através do desenvolvimento do Conselho de Estado que surgirá uma verdadeira jurisdição administrativa. Durante o seu começo, a jurisdição administrativa do Novo Regime ainda possuía fortes ligações de subordinação com a Administração ativa.

Logo, somente com o advento da Lei de 24 de maio de 1872, quase cem anos depois da criação desta nova justiça administrativa, é que se rompe, formalmente, a estrita ligação com a Administração pública ativa. Todavia, a ruptura material de tal ligação se dará com o julgamento do caso *Cadot* de 13 de dezembro de 1889 pelo qual a justiça administrativa afirma a sua soberania e sua independência em relação ao Poder Executivo.

Deveras, o Conselho de Estado, ao julgar este famoso caso, decidiu que era competente para conhecer de todos



os recursos de anulação dirigidos contra uma decisão administrativa, salvo se houvesse disposição legal em contrário, uma vez que até aquele momento o Conselho somente se pronunciava em caso de anulação dentro do que a lei expressamente o permitia fazer.

Por meio desta decisão o Conselho de Estado definiu que toda decisão administrativa pode ser contestada perante um Juiz administrativo. Por esta razão histórica pode-se afirmar que o Conselho de Estado é a própria essência da jurisdição administrativa.

Em breve resumo, pode-se, então, identificar três fases do reconhecimento da autonomia da justiça administrativa francesa. A primeira fase se dá no início do movimento revolucionário (1790) com a interdição do julgamento das causas administrativas pelo Juiz judicial, isto é, cria-se um novo modelo de justiça para o julgamento destas causas. A segunda fase ocorre com o julgamento do caso *Cadot*, quando se reconhece o poder do Juiz administrativo para conhecer e julgar todos os atos da Administração. E, por fim, a terceira fase se dá no momento em que o Conselho Constitucional reconhece a atividade jurisdicional da justiça administrativa (1980 e 1987).

Percebe-se que o reconhecimento constitucional da atividade judicante da justiça administrativa somente se dá quase dois séculos depois da sua criação. Em 1980, o Conselho Constitucional reconheceu no corpo da sua decisão que “considerando que resulta das disposições do artigo 64 da Constituição no que diz respeito à autoridade judicial e dos princípios fundamentais reconhecidos pelas leis da República no que diz respeito, desde a lei de 24 de

Maio de 1872, ao órgão jurisdicional administrativo, que a independência dos órgãos jurisdicionais é garantida bem como o caráter específico das suas funções sobre as quais não podem intrometer-se nem o legislador nem o Governo; não cabendo nem ao legislador nem ao Governo a censura das decisões dos órgãos jurisdicionais, a sua direção e a sua substituição no julgamento dos litígios de suas respectivas competências”.

Na mesma linha, o Conselho Constitucional decidiu em 1987, ao apreciar a constitucionalidade de uma lei que transferia para a Corte de Apelação de Paris a competência para conhecer e julgar o recurso interposto contra decisão proferida pelo Conselho de Concorrência, que tal lei era contrária à Constituição.

Enfim, o Conselho Constitucional reconheceu, no corpo da sua decisão, que: *“considerando que as disposições dos artigos 10 e 13 da lei de 16 e 24 de Agosto de 1790 e o decreto 16 do Fructidor An III que estabeleceram de forma geral o princípio de separação das autoridades administrativas e judiciais não têm em si valor constitucional; mas que, no entanto, em conformidade com a concepção francesa da separação dos poderes, figuram na qualidade de “princípios fundamentais reconhecidos pelas leis da República”, pela qual, com exceção das matérias reservadas por natureza à autoridade judicial, é de competência do órgão jurisdicional administrativo a anulação ou reforma das decisões tomadas, no exercício das prerrogativas de poder público, pelas autoridades que exercem o poder executivo, os seus agentes, as autarquias da República ou os organismos públicos colocados sob a sua autoridade ou o seu controle”*

Na realidade, nestas duas oportunidades o Conselho Constitucional francês considerou, mesmo sem previsão expressa na Constituição, a justiça administrativa como uma verdadeira jurisdição autônoma e independente.

Tal reconhecimento, mesmo que tardio, foi uma decorrência lógica da atuação imparcial do Conselho de Estado quando do julgamento das questões administrativas. Assim, como se percebe da decisão de 1987, o Conselho Constitucional manteve a competência do Conselho de Estado para conhecer e julgar os recursos contra as decisões de natureza pecuniária aplicada pelo Conselho de Concorrência.

Considerou a Corte Constitucional que o Conselho de Estado dava mais garantias aos administrados do que a Corte de Apelação de Paris, principalmente em razão do fato de que o Conselho de Estado pode conceder efeito suspensivo ao recurso interposto contra a sanção aplicada, o que não seria permitido no caso de alteração da competência.

Dessa forma, a jurisdição administrativa começa a ganhar uma forma de um Poder Judiciário comum. Isto significa dizer, com jurisdição de primeiro e segundo graus e com uma Corte de Cassação. Assim, em janeiro de 2001 o Código de Justiça Administrativa entra em vigor aglutinando

todos os textos gerais da jurisdição administrativa ordinária e transformando tal jurisdição num corpo único.

O Conselho de Estado brasileiro

A existência do Conselho de Estado brasileiro pode ser dividida em dois períodos distintos: o primeiro Conselho de Estado que vai de 1824 até 1834 e que tem apenas uma pequena participação na vida jurídica do País, e o segundo Conselho de Estado, que vai de 1841 até 1889, e que terá uma grande importância na formação da cultura jurídica nacional

Com efeito, Visconde do Uruguai relata que os conselheiros do Imperador foram importantes para a elaboração da Constituição Imperial de 1824, mas que o Conselho de Estado ali previsto não teve a importância e a dimensão desejada.

Daí porque o Conselho de Estado ficou vinculado com o Poder Moderador e a proposta da supressão de um atingiria necessariamente o outro. Todavia, o Conselho foi suprimido com a manutenção do Poder Moderador. Cria-se, então, um novo Conselho de Estado que deveria, na visão de Visconde de Uruguai, se ocupar mais com a jurisdição administrativa do que com a sua função política, seguindo, pois, o exemplo francês.

Neste ponto é de se destacar a assertiva de Guilherme de Araújo ao discorrer sobre a justiça administrativa no Brasil: *O regime de dualidade de jurisdição, vigente durante a monarquia, suscita a existência do contencioso administrativo que na ordem constitucional do Império, recorreu sobretudo a duas fontes de valor diverso: o direito colonial e o direito público francês. Do direito colonial o contencioso administrativo recolheu elementos estáticos e conservadores; forneceu-lhe o direito público francês elementos dinâmicos de poderosa contribuição doutrinária e certos princípios jurisdicionais. O Conselho de Estado do Império recolheu e acatou com o maior entusiasmo doutrinas e princípios expostos pelo órgão homólogo francês, aceitando, com o mesmo ânimo as opiniões dos Conselheiros de Estado de Paris. Com freqüência, nossos Conselheiros lhes rendem homenagens, citando-os de autoridade. Cumpre reconhecer, entretanto, que nossos juristas e estadistas do Império não acompanharam o progresso da justiça administrativa francesa. Ainda às vésperas da República, o Conselho de Estado brasileiro funcionava como edição do Conselho de Estado napoleônico. O Regulamento nº 124, de 1842, que organizou, inspirara-se na legislação francesa da Revolução e do Diretório; não obstante, permaneceu quase incólume até 1889. Durante meio século aproximadamente, o contencioso administrativo do Império não conseguiu sequer funcionar em regime de completa autonomia, isto é, sem interferência das autoridades da administração ativa. Tornando-se um anacronismo, foi repellido pelos republicanos de 1889, como se fosse um fantasma ao meio dos Poderes do Estado.*

Com efeito, o texto da Constituição Imperial de 1824 traz em seu corpo a ideia de um Conselho de Estado que supera todos os demais poderes do Estado. O Conselho de Estado brasileiro, dentro desta ótica, nasce como o executor do Poder Moderador. Assim é que o artigo 10 da Constituição Imperial estabelecia que: *“Os Poderes Políticos reconhecidos pela Constituição do Império do Brasil são quatro: o Poder Legislativo, o Poder Moderador, o Poder Executivo e o Poder Judicial”*.

Por outro lado, o Poder Moderador era exercido pelo Imperador nos termos do disposto no artigo 98 da Constituição Imperial que dispunha que: *“O Poder Moderador é a chave de toda 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 demais Poderes Políticos”*.

Ressalte-se que este poder moderador era exercido de forma plena e absoluta, uma vez que o artigo 99 da Constituição Imperial estabelecia expressamente que: *“A pessoa do Imperador é inviolável, e sagrada. Ele não está sujeito a responsabilidade alguma.”*

Merece relevado, ainda, que o Conselho de Estado auxiliava o Imperador no exercício do seu Poder moderador, nos termos do disposto no artigo 142 da Carta Imperial: *“Conselheiros serão ouvidos em todos os negócios graves, e medidas gerais da pública Administração; principalmente sobre a declaração da Guerra, ajustes 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.”*

Por fim, os Conselheiros de Estado teriam as suas atuações limitadas pela própria responsabilidade no seu agir, conforme dispunha o artigo 143: *“São responsáveis os Conselheiros de Estado pelos conselhos, que derem, opostos às Leis, e ao interesse do Estado, manifestamente dolosos”*.

Tais regras criavam uma aparente contradição na medida em que os Conselheiros opinavam diretamente no exercício do Poder Moderador do Imperador que era – como visto acima – absoluto. Logo, em uma palavra, o poder dos conselheiros era também absoluto e não sujeito a qualquer tipo de controle – salvo se prejudicasse a própria figura do Imperador – uma vez que se adotados pelo Imperador passariam a ser a própria vontade do soberano.

Nesta linha de raciocínio, o Conselho de Estado se sobrepunha a todos os demais poderes porque – repita-se – auxiliava diretamente o Imperador no exercício do seu Poder Moderador. Por estes motivos, o Conselho de Estado brasileiro, na sua origem, representou a própria vontade do Imperador.

Note-se que o Conselho de Estado na França surge por uma desconfiança do legislador revolucionário no

Poder Judiciário que representava o antigo regime. No Brasil, ao contrário, o Conselho de Estado nasce com o objetivo de permitir a própria permanência do poder moderador. Esta origem brasileira do esboço do que se poderia considerar como uma jurisdição administrativa acabou por inviabilizar a sua própria autonomia e impedir a sua manutenção pós-Imperio.

Mas, mesmo esta herança imperial na formação do Conselho de Estado brasileiro não retirou a sua importância como celeiro da elite intelectual do País. Nas conclusões de José Reinaldo de Lima Lopes: *“Uma parte da alta cultura jurista manifestou-se, a meu ver, no Conselho de Estado como órgão auxiliar do Poder Moderador quando de sua interferência na interpretação das leis para sua aplicação, para esclarecimento de dúvidas dos magistrados, para correção mesmo dos magistrados que erravam ou agiam de má fé”*.

Esta afirmação é a linha de base da ideia aqui defendida da influência do sistema francês no nosso Conselho de Estado e a sua importância na formação da elite jurídica intelectual brasileira durante após a Constituição Imperial de 1824.

Conclusão

No Brasil não houve tempo hábil para que o Conselho de Estado se firmasse como órgão independente e autônomo e a sua vinculação com o Poder Imperial no momento da criação impediu o seu crescimento e renascimento no Brasil República. Todavia, mesmo sem ter tido continuidade dentro da vida jurídica brasileira, o Conselho de Estado firmou uma linha de pensamento jurídico que influenciou a própria ideia de Direito no Brasil.

Na realidade, o Conselho de Estado brasileiro fundou uma escola informal de Direito Administrativo no Brasil, ao aplicar na nossa realidade as teorias do Direito Administrativo europeu, em especial o francês. Se de um lado temos a ideia de um Conselho de Estado brasileiro comprometido com o Império e com a própria noção de Poder Moderador, por outro lado, temos o Conselho como um centro de excelência que influenciará o pensamento jurídico no País.

A influência do modelo francês para a criação de uma jurisdição administrativa brasileira e a importância do Conselho de Estado brasileiro para a cultura jurídica são pontos que podem ser afirmados sem que se cometam heresias jurídicas.

Restaura-se, assim, um importante capítulo da história da construção do Direito Administrativo no Brasil e do Poder Judiciário e vislumbra-se, em um plano intelectual, o retorno à própria jurisdição administrativa, tal como é exercida hodiernamente na França.



O texto integral, com as notas de rodapé e referências bibliográficas, está disponível no site www.editorajc.com.br