



Programa de
Pós-Graduação em
IH - UFRJ

**História
Comparada**

MARIA DA CONCEIÇÃO CARDOSO PANAIT

**HISTÓRIA COMPARADA DO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO (1840-1889):
FRANÇA E SEGUNDO REINADO BRASILEIRO**

Rio de Janeiro

2019

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO DE JANEIRO
CENTRO DE FILOSOFIA E CIÊNCIAS HUMANAS - CFCH
INSTITUTO DE HISTÓRIA - IH
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM HISTÓRIA COMPARADA (PPGHC)

**HISTÓRIA COMPARADA DO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO (1840-1889):
FRANÇA E SEGUNDO REINADO BRASILEIRO**

MARIA DA CONCEIÇÃO CARDOSO PANAIT

Tese de Doutorado apresentada ao Programa de pós-graduação em História Comparada (PPGHC) da Universidade Federal do Rio de Janeiro- UFRJ, como requisito à obtenção do título de Doutora em História, sob a orientação do Prof. Dr. Ivo José de Aquino Coser.

Rio de Janeiro

2019

Banca Examinadora

Titulares

Ivo José de Aquino Coser (Orientador)
Doutor – Universidade Federal do Rio de Janeiro
Programa de Pós-Graduação em História Comparada

Bruno Sciberras de Carvalho
Doutora – Universidade Federal do Rio de Janeiro
Programa de Pós-Graduação em História Comparada

Christian Edward Cyril Lyncho
Doutor – Universidade do Estado do Rio de Janeiro
Instituto de Estudos Políticos e Sociais (IESP)

José Vicente Santos de Mendonça
Doutor – Universidade do Estado do Rio de Janeiro
Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro.

DEDICATÓRIA

À minha tia Ilda Ferreira Chaves (*in memoriam*).

“Se cheguei até aqui foi porque me apoiei nos ombros de gigantes” (Isaac Newton).

AGRADECIMENTOS

O período do doutoramento foram anos de profunda aprendizagem, de crescimento profissional e pessoal. Um grande desafio para uma profissional do Direito que teve a ousadia de ingressar em um programa de Pós-graduação em História Comparada. Foi, sem dúvida, enriquecedor. Paralelamente, também foi uma jornada muito difícil, de angústias pessoais, reconfigurações emocionais, de perdas, dores e luto. Sem o suporte de algumas pessoas, este percurso poderia não ter finalizado. Aproveito este espaço para demonstrar a minha mais sincera gratidão.

Em primeiro lugar, agradeço ao meu orientador, Dr. Ivo Coser, não apenas pelo apoio acadêmico de excelência, mas pela sua sensibilidade, empatia e compreensão nos momentos mais difíceis.

Agradeço à Direção e à equipe de funcionários da Secretaria do PPHC, pela assistência administrativa e atenção que recebi.

Agradeço aos meus filhos Iani Panait e Iago Panait, pelo incentivo diário, pelo amor e palavras de ternura.

Agradeço à minha nora e melhor amiga, Raissa Christini Santiago Panait, que comigo compartilhou a tensão e euforia de finalizar este trabalho acadêmico, com palavras de ânimo e sorrisos. Agradeço, também, a amiga Christini Valentim Chaves, pelo inestimável auxílio, força, dedicação e cuidados.

Nunca poderia deixar de agradecer à solidariedade, estímulo recebido pela minha querida amiga e também pesquisadora, Dr^a. Lenora Beaurepaire da Silva Schwaitzer. E. Da mesma forma agradeço aos amigos da Assessoria de Documentação e Memória do Tribunal Regional Federal da 2^a Região.

Por fim, registro a minha gratidão a todos os que, de alguma forma, auxiliaram e me avaliaram nessa caminhada.

RESUMO

O presente estudo trata sobre a história comparada do contencioso administrativo no âmbito de duas realidades: na França e no Segundo Reinado brasileiro (1840-1889). A expressão surge na França, no período pós-revolucionário, com a organização da justiça administrativa, que também foi o modelo adotado no Império brasileiro. Considerando que a justiça administrativa surge com a missão de manter o poder público dentro dos limites jurídicos, e ainda para tutelar os direitos subjetivos do cidadão, investigaremos em que medida o conceito de “contencioso administrativo” representou, em cada sociedade estudada, uma ideia-força na consolidação dos respectivos Estados de Direito, que sucederam a regime absolutista.

Palavras-Chave: História Comparada, contencioso administrativo, Justiça Administrativa, Estado de Direito, França, Segundo Reinado brasileiro.

ABSTRACT

The present study deals with the comparative history of “administrative litigation” in the scope of two realities: in France (1841-1887) and in the Second Brazilian Reign (1840-1889). The expression appears in France, in the post-revolutionary period, with the organization of administrative justice, which was also the model adopted in the Brazilian Empire. Considering that administrative justice arises with the mission of maintaining public power within legal limits, and also to protect the subjective rights of the citizen, we will investigate to what extent the concept of “administrative litigation” represented, in each society studied, a Strong idea in the consolidation of the respective rule of law, which succeeded the absolutist regime

Keywords: Comparative History - administrative litigation - administrative justice - Rule of Law - France - Second Brazilian Kingdom

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO	9
1.1 PROBLEMA E HIPÓTESE DA TESE	13
1.2 A ESTRUTURA DA TESE	17
 2. A CRIAÇÃO DO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO NA FRANÇA	20
2.1 ANTECEDENTES HISTÓRICOS E CONTEXTUALIZAÇÃO	23
2.2 A NECESSIDADE DE EXISTIR UMA JUSTIÇA ADMINISTRATIVA E A PERTINÊNCIA ENTRE OS PRINCÍPIOS DA SEPARAÇÃO DOS PODERES E DAS JURISDIÇÕES	29
2.3 A DEMARCAÇÃO DAS MATÉRIAS ADMINISTRATIVAS	37
2.4 O CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO NA FRANÇA	44
2.4.1 O Conceito de Adolphe Chauveau	45
2.4.2 O Conceito de Alexandre François Auguste Vivien	55
2.4.3 O Conceito de Pradier-Fodéré	59
2.4.4 O Conceito de Edouard Laferrière	61
2.5 CONCLUSÃO DO CAPÍTULO	68
 3. A TRANSPOSIÇÃO DO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO PARA O IMPÉRIO BRASILEIRO	74
3.1 ANTECEDENTES HISTÓRICOS E CONTEXTUALIZAÇÃO	76
3.2 O ENSINO JURÍDICO NO SEGUNDO REINADO	89
3.3 DOUTRINADORES DO DIREITO ADMINISTRATIVO DO SEGUNDO REINADO	96
3.3.1 Vicente Pereira do Rego	97
3.3.2 José Antônio Pimenta Bueno – Marques de São Vicente.....	99
3.3.3 Prudêncio Giraldes Veiga Cabral	100
3.3.4 Antônio Joaquim Ribas	102
3.3.5 Paulino José Soares de Sousa – Visconde de Uruguai	103
3.3.6 José Rubino de Oliveira	105
3.4 A NATUREZA DO CONSELHO DE ESTADO	106
3.5 A NECESSIDADE DE EXISTIR UMA JUSTIÇA ADMINISTRATIVA	117
3.6 A SEPARAÇÃO DAS JURISDIÇÕES ADMINISTRATIVA E JUDICIAL	120

3.7 A IDENTIFICAÇÃO DAS MATERIAS CONTENCIOSAS	125
3.8 O CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO NO SEGUNDO REINADO	133
3.8.1 O conceito de Vicente Pereira do Rego	134
3.8.2 O conceito de José Antônio Pimenta Bueno	138
3.8.3 O conceito de Prudêncio Giraldes Veiga Cabral	141
3.8.4 O conceito de Antônio Joaquim Ribas	143
3.8.5 O conceito do Visconde do Uruguai	146
3.8.6 O conceito de José Rubino de Oliveira	149
3.9 CONCLUSÃO DO CAPÍTULO	151
 4. HISTÓRIA COMPARADA DO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO	
(1840-1889): FRANÇA E SEGUNDO REINADO BRASILEIRO	157
4.1 COMPARAÇÃO ENTRE OS ANTECEDENTES HISTÓRICOS	158
4.2 TRANSIÇÃO DO REGIME ABSOLUTISTA PARA O ESTADO DE DIREITO	159
4.3 JUSTIÇA ADMINISTRATIVA COMPARADA	161
4.4 A MATÉRIA ADMINISTRATIVA CONTENCIOSA COMPARADA	168
4.5 O CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO E JUDICIAL	170
4.6 JURISDIÇÕES ADMINISTRATIVAS GRACIOSA E CONTENCIOSA	172
4.7 O CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO COMPARADO	175
4.8 ANÁLISE E CONCLUSÃO DO CAPÍTULO.....	179
 5. CONCLUSÃO	186
 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	191

1. INTRODUÇÃO

A presente tese de doutoramento apresentada ao Programa de Pós-Graduação em História Comparada da Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ), sob a orientação do Prof. Dr. Ivo José Coser, tem o objetivo de contribuir com mais uma pesquisa específica no campo historiográfico da história comparada, trazendo como tema a comparação do *contencioso administrativo* francês no Segundo Reinado do Império Brasileiro, no período entre 1840 a 1889.

O conceito de *contencioso administrativo* também merece atenção no Brasil republicano e, em especial, nos estudos dedicados à competência do judiciário federal, desde a sua criação até os dias atuais, em que observamos um brutal crescimento de demandas nas quais os órgãos da administração pública figuram como parte. Por trás desse fenômeno existe o processo histórico do controle do exercício do poder Executivo e do acesso aos mecanismos de tutela dos direitos pelos administrados.

A motivação inicial deste estudo era a de investigar, por meio de uma metodologia comparativa, os conceitos de *justiça administrativa* e *justiça federal*, respectivamente no Império e na República brasileira. Entretanto, no percurso da pesquisa, percebemos a importância de recuarmos no tempo para buscar a gênese do *contencioso administrativo*, na França pós-revolucionária, e a transposição deste conceito para o Império brasileiro, no período do segundo Reinado, em busca de uma compreensão mais historicizante do problema.

No presente trabalho, o problema a ser investigado é o *contencioso administrativo*, que se apresenta entre 1840 e 1889 em duas realidades a serem comparadas: a França e o Segundo Reinado do Império brasileiro, considerando que no período assinalado foram publicadas as primeiras obras doutrinárias que tratavam sobre o Direito Administrativo nos dois países.

A visão histórica do *contencioso administrativo* é assunto pouco explorado na literatura jurídica, residindo a originalidade dessa pesquisa na aplicação da modalidade teórico-metodológica da *História Comparada problematizadora*, que nos permite examinar sistematicamente como um mesmo problema atravessa realidades sociais distintas. A técnica permite o desenvolvimento de pesquisas que agregam diferentes ângulos interpretativos de conceitos políticos e jurídicos em realidades distintas contextualizadas, aplicando, por meio de uma análise comparativa, os processos de significação e ressignificação do *contencioso*

administrativo, para vislumbrar a hipótese de sua participação na construção do Estado de Direito nos dois países investigados.

A título de introdução, reproduziremos aqui o pensamento desenvolvido por Eduardo Lobo Gualazzi, em sua tese sobre a Justiça Administrativa, publicada em 1986. Segundo este autor, o conceito de *contencioso administrativo* está entrelaçado ao conceito de *justiça administrativa*, cuja expressão, no sentido literal, significa “justiça atinente à Administração”. No sentido jurídico, Gualazzi (1986) diferencia o conceito de *justiça administrativa* no sentido formal (orgânico ou subjetivo) e no sentido material (substancial ou objetivo). No sentido formal, a justiça administrativa seria o complexo de órgãos da administração pública, destinados a julgar as contestações que envolvem a atividade comum da administração, preservando a sua obediência ao princípio da legalidade. No sentido material, o conceito de justiça administrativa vem a ser o assunto, a matéria administrativa a ser julgada, que deve ser distinta, por exemplo, das matérias cíveis, penais e outras. Neste sentido, não importa o órgão que irá apreciar o litígio, ou seja, se é administrativo ou judicial¹.

Conjugando os critérios formal e material, Gualazzi (1986) formulou duas classificações para definir a *Justiça administrativa*: 1) um conjunto complexo de órgãos pertencentes ao poder judiciário (jurisdição una) destinados a julgar questões administrativas, sendo este o modelo adotado no Brasil após a Proclamação da República² ou; 2) um conjunto de órgãos autônomos, independentes do poder judiciário (jurisdição dupla), corrente nos países que admitem, ao lado do aparelhamento do Direito comum, o aparelhamento de Direito especializado que trata de matéria administrativa. Este sistema de distribuição de justiça credencia um aparelhamento paralelo, inconfundível com o poder Judiciário, encarregado de julgar litígios em que a Administração é parte adversa do administrado³, ou seja, são conflitos decorrentes do choque entre interesses particulares e público, proveniente da atividade da Administração no desempenho dos serviços públicos⁴.

¹ GUALAZZI, Eduardo Lobo Botelho. **Justiça Administrativa**. São Paulo: Editora dos Tribunais. 1986, p. 23-24.

² Ibidem., p. 86.

³ Ibidem., p. 23-25.

⁴ Ibidem., p. 25.

A definição de *contencioso administrativo* também foi objeto de análise por Gualazzi. Na concepção formal, o *contencioso administrativo* seria o conjunto de órgãos especializados para dirimir e extinguir a situação contenciosa, em matéria administrativa, para a restauração da paz jurídica. Ao citar Roger Bonnard (1953), Gualazzi (1986) aduziu que o contencioso administrativo surge com a “contestação”, que se manifesta como resistência ou oposição a uma pretensão emitida. As intervenções administrativas por parte do Estado, que devem ser regradas pelo Direito, podem gerar contestações de ordem jurídica da parte dos administrados, sendo estas as situações contenciosas que irão configurar o *contencioso administrativo*⁵.

Em síntese, a concepção formal do *contencioso administrativo* seria o aparelhamento especializado (juízes, tribunais, técnicos, agentes judiciários), incumbido de aplicar a lei a litígios de direito público (que não envolvem direitos privados). Consiste, portanto, na estrutura, no corpo funcional, no mecanismo de judicatura administrativa aparelhada para tomar conhecimento e julgar matéria administrativa, em consonância com o Direito Administrativo. Explica Gualazzi que a existência de um aparelhamento judicial administrativo independente e autônomo do poder judiciário derivava do próprio *princípio da separação dos poderes*. Para desmontar o argumento da imparcialidade, uma vez que a parte (Administração) poderia ser confundida com o próprio órgão julgador, a administração ativa⁶ foi proibida de praticar atos jurisdicionais, reservando-se tal tarefa para a administração contenciosa⁷.

Por outro lado, a concepção material do *contencioso administrativo*, segundo Gualazzi (1986), consistia nos litígios que versassem sobre questões de ordem administrativa a serem solucionados em consonância com o Direito Administrativo. Nesse caso, o objeto *contencioso administrativo* seria a soma de assuntos previstos nas legislações administrativas, na jurisprudência do Tribunal de Conflitos e do Conselho de Estado⁸.

⁵ Ibidem., p. 101.

⁶ A Administração é aqui concebida como gênero de duas espécies: a) Administração Ativa; b) Administração contenciosa, na qual deriva o contencioso administrativo. Dessa forma, os atos da Administração Ativa seriam julgados com absoluta independência pela Administração contenciosa, que seria o “contencioso administrativo”. (Ibid., p. 89).

⁷ Ibidem., p. 102.

⁸ Ibid., p. 103.

A França adotou o sistema de dupla jurisdição (judicial e administrativa), com a justiça administrativa associada às decisões do Conselho de Estado, o órgão máximo para julgar matérias⁹. Afirmar Gualazzi (1986) que a jurisdição administrativa surgiu na França, berço do Direito Administrativo, cuja doutrina inicia-se no século XIX, a partir da cátedra de Degerando, posteriormente substituído por Macarel¹⁰. Na França, foi criado um aparelhamento diferenciado, especializado, para julgar o *contencioso administrativo*. Este modelo foi irradiado para outros países e estudado pelos juristas estrangeiros que adequaram o instituto à sua realidade nacional¹¹.

A separação entre a Administração, a administração ativo e o *contencioso administrativo* foi delineada pelo princípio constitucional da separação dos poderes, pelo princípio da separação das jurisdições administrativa e judicial, pela jurisprudência do Conselho de Estado francês e pela doutrina¹², o que propiciou o florescimento do Direito Administrativo como disciplina jurídica, cientificamente autônoma, com base na jurisprudência do Conselho de Estado Francês¹³.

No Brasil colonial, segundo Visconde de Uruguai, não havia a hipótese de existirem dois sistemas jurisdicionais distintos (administrativa e comum), pois nessa época os poderes políticos concentravam-se na pessoa do monarca. Essa confusão de poderes tornava inconcebível o pronunciamento livre e objetivo de qualquer tipo de magistrado. O governo, em qualquer fase processual, tinha o poder de avocar os processos e proferir neles a decisão que mais lhe conviesse, em atitude típica dos governos absolutistas¹⁴. Nessa época, nenhuma autoridade poderia discordar do conceito de interesse público formulado pelo governo, já que o rei tinha meios de impedir o pronunciamento dos juízes. No período colonial, o poder Judiciário era considerado um ramo do poder Executivo que, por sua vez, delegava a outro

⁹ Ibidem., p. 26.

¹⁰ Ibidem., p. 27.

¹¹ Ibidem., p. 107.

¹² A separação entre a Administração Ativa e o contencioso administrativo surge a partir da afirmação do Imperador Napoleão Bonaparte, em sessão do Conselho de Estado, realizada em 19 de fevereiro de 1813. (Ibidem., p. 111).

¹³ Ibidem., p. 112.

¹⁴ URUGUAI, Visconde de. **Ensaio sobre o Direito Administrativo**. Tomo I, Rio de Janeiro: Tipografia Nacional, 1862, p. 135-136.

poder a autoridade de julgar. Somente a partir do período Imperial é que os juízes adquiriram certa autonomia decorrente da Constituição de 1824¹⁵.

Na opinião de Gualazzi (1986), apenas no Segundo Reinado seria possível falar sobre *contencioso administrativo* e, mesmo assim, o instituto não foi nessa época adotado com o rigor francês, uma vez que a jurisdição administrativa não conseguiu alcançar a independência da Administração Ativa e do poder Judiciário.

1.1 PROBLEMA E HIPÓTESE DA TESE

O tema do presente trabalho é investigar, por meio da abordagem comparativa, a história do *contencioso administrativo*, entre 1840-1889, no âmbito da literatura produzida na França e no Segundo Reinado brasileiro. A expressão surgiu na França, no período pós-revolucionário, com a organização da justiça administrativa, e irradiou para o Brasil imperial. Os dois países adotaram, naquele contexto, o modelo de jurisdição dupla, ou seja, a implantação de uma justiça administrativa, competente para conhecer das causas administrativas, e uma justiça judiciária para conhecer de assuntos cíveis e penais.

A implantação de uma justiça administrativa nos dois recortes estudados, permite-nos comparar o sentido que a expressão *contencioso administrativo* assumiu em ambas as realidades, identificando diferenças e semelhanças. As duas sociedades passaram por processo de ruptura de um regime absolutista, caracterizado pela concentração dos poderes políticos na autoridade de um governante. Puderam, pois, implantar um novo Estado que recepcionou em suas Constituições o princípio da separação dos poderes políticos, a supremacia do Direito, estabelecendo que as ações do Estado fossem pautadas por uma ordem jurídica e pelo respeito à lei, como expressão da vontade geral, que constituem os fundamentos do Estado de Direito.

O problema lançado neste trabalho remete-se a responder a seguinte pergunta: considerando o processo de ruptura ocorrido na França e no Império brasileiro por ocasião da transição de um regime de concentração do poder político para outro regime que adotou a separação desses poderes, em que medida o *contencioso administrativo* representou uma

¹⁵ GUALAZZI, Eduardo Lobo Botelho. **Justiça Administrativa**. São Paulo: Editora dos Tribunais. 1986, p. 136.

ideia-força na consolidação dos respectivos Estados de Direito que sucederam ao antigo regime absolutista?

Partimos da hipótese de que o *contencioso administrativo* consolidou, de fato, nas realidades estudadas, a formação do Estado de Direito, pois em seu conceito apresenta a possibilidade de um ato da administração pública que causasse dano a um cidadão pudesse ter a sua legalidade questionada em sede jurisdicional, ainda que fosse uma jurisdição administrativa. A hipótese de existir uma demanda na qual figurasse o cidadão e o Estado nos polos ativo e passivo da relação jurídica era algo inconcebível em um regime absolutista, no qual os poderes eram concentrados em uma única pessoa. Logo, partimos da ideia de que o *contencioso administrativo*, ao submeter os atos do governo às normas, ao limite da autoridade pública em confronto com os direitos individuais, representou uma ideia-força para a consolidação do Estado de Direito nos dois países.

A escolha dos recortes justifica-se diante do repasse do conceito originário da França para o Império brasileiro, considerando que os dois países buscavam a centralização governamental e administrativa para garantir a independência das administrações públicas em relação aos corpos judiciários. Buscavam também a limitação da atuação da mesma Administração em conformidade com os princípios constitucionais e legislações administrativas vigentes nos períodos demarcados.

A França, após a Revolução (1789-1799) e ao longo do século XIX, chegou a ter, em dez anos, dez Constituições e experimentou os mais variados sistemas de governo: Monarquia Constitucional (1789-1792), Primeira República (1792-1795), Diretório (1795-1799), Consulado (1799-1804), Primeiro Império (1804-1815), Segunda República (1848-1852), Segundo Império (1852-1870) e Terceira República (1870-1940). A Constituição de 1791, que foi resultado direto da Revolução de 1789, incorporou a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão como princípio constitucional para impor limites ao poder real e terminar com o absolutismo¹⁶. Segundo Paulo Bonavides (2000), a Carta Declaração institucionalizou o Estado de Direito francês, em que, em tese, todos seriam iguais perante a

¹⁶ Galvão de Souza elenca todas as Constituições que vigoraram na França, no século XIX, após a Revolução Francesa: Constituição de 1791 (resultado direto da Revolução de 1789), 1793 (Primeira República), 1795 (Diretório), 1799 (Era Napoleônica), 1802 (Consulado), 1804 (Primeiro Império com Napoleão), 1814 e 1830 (Restauração da Monarquia), 1848 (Segunda República presidencialista), 1852 (Segundo Império – Napoleão III) e 1875 (Terceira República). (SOUZA, José Pedro Galvão. **A Constituição e os valores da nacionalidade**. São Paulo: J. Bushatsky, 1971. p. 9).

lei, e esta deveria ser resultado da vontade de representantes para tal eleitos (art. 16), assim como também inaugurou o princípio da separação dos poderes (Legislativo, Executivo e Judiciário).¹⁷

O Império brasileiro adotou a forma de governo nacional monárquica, constitucional e representativa, e ao invés de três, estabeleceu a divisão em quatro poderes políticos: Legislativo, Executivo, Judicial e Moderador. A base constitucional e a divisão dos poderes firmavam a implantação de um Estado de Direito, atuante nos limites da lei, com o intuito de afastar a formação de uma monarquia pura, de perfil absolutista¹⁸.

Segundo Manoel Gonçalves Ferreira Filho (1979), o Estado de Direito é sustentado por três supremacias: 1) a *supremacia do Direito*, na qual a ação do Estado deve ser pautada por uma ordem jurídica com conteúdo de justiça, decorrendo daí a intocabilidade dos direitos naturais do homem, prevista na Declaração de 1789. E todo ato que importasse em negá-los seria absolutamente inválido; 2) a *supremacia do Estado de Direito*, que seria o *respeito à separação dos poderes*, com previsão na ordem jurídica fundamental. Neste caso, a validade de todo ato, proveniente de cada um dos poderes, teria como limite o domínio que a Constituição lhes defere, sob pena de nulidade e; 3) a *supremacia da lei*, impondo que apenas por meio da lei, regularmente assim declarada pelo Legislativo, poderiam ser fixadas proibições e comandos para o indivíduo.

A lei, como expressão da vontade geral, prevista no art. 6º da Declaração dos Direitos do Homem e do cidadão, era a expressão do justo. O art. 5º da Declaração de 1789 traduzia o princípio da legalidade: “tudo o que não é proibido pela lei, não pode ser impedido e ninguém pode ser constrangido a fazer o que ela não ordena”. Para Manuel Gonçalves (1979), decorre deste artigo o conceito de liberdade, presente no livro de Montesquieu *O espírito das leis*, consagrando a liberdade de fazer tudo o que as leis permitem. Este preceito assumia uma dupla significação: para o indivíduo, definia a esfera de sua liberdade delimitada pelas ordens

¹⁷ BONAVIDES, Paulo. (2000). A evolução constitucional do Brasil. In: **Estudos Avançados**, 14(40), 155-176. Disponível em: <<https://dx.doi.org/10.1590/S0103-40142000000300016>>. Acesso em: 10 jul 2001.

¹⁸ PIMENTA BUENO, João Antônio. **Direito Público Brasileiro e Análise da Constituição do Império**. Rio de Janeiro: Ministério da Justiça e Negócios Interiores, 1958, p. 27-38.

e vedações da lei e, para o governo, definia o campo de ação, visto que ele só teria o poder válido fora do âmbito reservado ao cidadão¹⁹.

Para respondermos ao problema proposto, utilizaremos a ferramenta metodológica da História Comparada, problematizada para investigar como o conceito doutrinário da expressão *contencioso administrativo* atravessou da França para o Segundo Reinado brasileiro, no século XIX.

A história comparada é uma modalidade historiográfica que atua de forma simultânea e integrada sobre campos de observações diferenciados e bem delimitados, podendo percorrer sociedades de tempos diferentes, sociedades simples e complexas, colocando em perspectiva as singularidades, as repetições, o tempo e o espaço²⁰. Isso obriga o historiador a imprimir, a partir de um modo próprio de observar a realidade histórica, a necessidade de conciliar uma reflexão simultaneamente atenta às semelhanças e às diferenças²¹.

Por meio da comparação podemos iluminar um objeto ou situação a partir de outro, utilizando-se de analogias, identificando semelhanças e diferenças entre duas realidades e percebendo variações entre um modelo e outro²². O campo de estudo da História Comparada tem o mérito de não ser apenas utilizado por historiadores profissionais, mas por pesquisadores de diversos campos de formação, desde que adentrem a este novo campo de conexões, munidos de uma perspectiva história bem definida²³.

No caso em análise, os campos de observação diferenciados consistem em duas realidades históricas presentes entre 1840 e 1899, na França e no Segundo Reinado brasileiro –, que conciliaremos a partir da reflexão simultânea do conceito de *contencioso administrativo*, atentando para semelhanças e diferenças. Utilizaremos o método da *História Comparada – Problema*, que envolve a comparação entre os dois recortes temporais e/ou espaciais, unidos por um problema comum, que é o *contencioso administrativo*.

¹⁹ FILHO, Manuel Gonçalves Ferreira. **A Reconstrução da Democracia**. São Paulo: Saraiva, 1979, p. 38-39.

²⁰ DETIENNE, Marcel. **Comparar o Incomparável**. Aparecida: Ed. Ideias & Letras, 2004.

²¹ BARROS, J. D`Assunção. **História Comparada**. Petrópolis, RJ: Editora Vozes, 2014, p. 16.

²² Ibidem., p. 17.

²³ Ibidem., p. 42.

Utilizando o tratamento adequado das fontes primárias constituídas pelas doutrinas de Direito Administrativo publicadas em cada contexto, verificaremos se os elementos que auxiliam na construção do conceito investigado irão variar em alguma direção específica para sedimentar o Estado de Direito, visto como instituição que se opõe ao regime absolutista. A partir daí, buscamos identificar se o padrão construído sofreu transformações no decurso do tempo, ou em que medida uma realidade possa ter influenciado ou transformado a outra. Partindo da contextualização do conceito de *contencioso administrativo*, selecionamos as chaves, os pontos críticos que poderão conduzir-nos a um diálogo mais profundo com as fontes, observando de forma mais sistematizada as eventuais similitudes, diferenças e variações, ao confrontarmos as duas realidades nacionais.

Partimos da ideia de que os recortes espaciais no período entre 1840 e 1899 – França e Segundo Reinado no Brasil – consistem em duas sociedades centralizadas, política e administrativamente e, a partir da historicidade do *contencioso administrativo*, ao lado de outros termos e expressões pertinentes ao controle da administração pública, buscamos compreender em que medida foi fortalecida a implantação do Estado de Direito nas duas nações.

1.2 A ESTRUTURA DA TESE

A comparação entre duas realidades históricas diferenciadas no tempo e no espaço requer, basicamente, a seleção, o recorte das problemáticas suscitadas e os questionamentos propostos. Assim, optamos por estruturar este trabalho em duas fases. A primeira, consiste em uma fase descritiva e interpretativa de obtenção dos dados necessários para exposição dos elementos primordiais. Elaboramos dois capítulos, cada um dedicado à investigação do conceito de *contencioso administrativo* em cada realidade estudada. A segunda fase é a da justaposição dos dados, que permite definir a hipótese de estudo ou problema de comparação, por meio da análise simultânea das unidades geo-históricas. Nesta última operação, objetivamos iluminar um objeto a partir de outro e aprofundar a prática comparativa, identificando as diferenças e percebendo variações de um fenômeno idêntico²⁴.

²⁴ BARROS, José d' Assunção. História Comparada: da contribuição de Marc Bloch à constituição de um moderno campo historiográfico. In: **História Social**, nº 13, Campinas: Programa de Pós-Graduação em História do IFCH/UNICAMP, 2007, p. 7-21.

O capítulo 2 aborda a criação do *contencioso administrativo*, na França. Esse estudo teve como fontes primárias de pesquisa os livros de doutrina dos primeiros tratadistas de Direito Administrativo. A subseção 2.1 trata do contexto que antecedeu o surgimento do direito administrativo, na qual pontuamos as transformações políticas e jurídicas do período pós revolucionário, plasmado no princípio da separação dos poderes e no princípio da separação das jurisdições administrativa e judicial. A separação das jurisdições deu origem à criação de uma justiça administrativa, no âmbito do poder Executivo, atuando em paralelo com a justiça comum do poder Judiciário, que ficou restrito ao julgamento de litígios de ordem privada. Apresentaremos a estrutura da justiça administrativa, seus tribunais administrativos de primeira instância, o papel do Conselho de Estado francês e o sistema de jurisdição administrativa antes e após a lei de 24 de maio de 1872. A subseção 2.2 é dedicada ao debate de duas questões fundamentais: sobre a necessidade de existência da justiça administrativa e a relação de pertinência entre o princípio da separação dos poderes e o preceito da separação das jurisdições administrativa e judiciária. A subseção 2.3 destacará as soluções encontradas pelos doutrinadores franceses para delimitarem as matérias da competência contenciosa administrativa. Por fim, a subseção 2.4 apresentará o conceito de *contencioso administrativo* formulado pelos administrativistas franceses.

O Capítulo 3 é dedicado à investigação do *contencioso administrativo* à luz da doutrina administrativista do Segundo Reinado do Império brasileiro, no período entre 1840 a 1889. Utilizamos como fonte primária de pesquisa os livros de direito administrativo publicados na época, em especial, os manuais adotados nos primeiros cursos jurídicos do Brasil criados em São Paulo e em Recife, pela Lei de 11 de agosto de 1827. Na sessão 3.1, apresentaremos os antecedentes históricos ao período do Segundo Reinado brasileiro, abordando as ideias políticas que surgiram na transição do Brasil Colonial, no processo da consolidação da Independência do país e na formação do Estado Imperial. Enfatizaremos nesse processo a influência dos institutos da recém-criada doutrina do Direito Administrativo. Nas seções 3.2 e 3.3 abordaremos a criação dos cursos jurídicos no Império e discutiremos o papel desses cursos na sedimentação do Estado imperial brasileiro. Apresentamos os primeiros trabalhos doutrinários sobre a matéria administrativa que começaram a despontar, após 1856, com a criação da cadeira de Direito administrativo nos cursos jurídicos,

concomitante a uma biografia resumida dos principais doutrinadores administrativistas do Segundo Reinado. Nas seções 3.4 a 3.7, abordaremos alguns temas que foram objeto de controvérsias doutrinárias no período e que irão influenciar na compreensão do conceito de *contencioso administrativo* formulado pelos administrativistas da época. Esses temas remetem à natureza do Conselho de Estado, à necessidade de existir duas jurisdições, ou seja, uma justiça judicial, no âmbito do poder Judiciário, e outra administrativa no âmbito do poder Executivo, e às soluções e às fórmulas sugeridas para identificar os assuntos pertinentes a cada jurisdição. Na subseção 3.8, apresentaremos os conceitos de *contencioso administrativo* formulado pelos doutrinadores do Segundo Reinado brasileiro.

No capítulo 4, comparamos a expressão *contencioso administrativo* nas duas realidades estudadas, refletindo simultaneamente sobre as situações, experiências e questionamentos investigados em cada contexto com o intuito de identificar semelhanças e diferenças. As seções 4.1 e 4.2 propõem-se a comparar os contextos que antecedem a transição do regime absolutista para a implantação do Estado de Direito nos dois países e o momento da ruptura, com a adoção constitucional do princípio da separação dos poderes. Nas seções 4.3 e 4.4, comparamos a organização formal e material da justiça administrativa e as soluções encontradas para identificar a matéria administrativa contenciosa nos dois países. As seções 4.5 e 4.6 dedicam-se a comparar como cada doutrina diferenciou o contencioso judicial do administrativo e como foram formulados os conceitos de jurisdição administrativa graciosa e contenciosa. A subseção 4.7 compara o conceito de *contencioso administrativo* formulado nas duas doutrinas e, por fim, na subseção 4.8, apresentamos analiticamente as semelhanças e diferenças encontradas a partir do cotejamento dos contextos investigados.

O capítulo 5, o último deste estudo, apresenta uma revisão ampla de todas as chaves comparativas selecionadas ao longo da investigação, no qual identificamos diferenças e semelhanças entre o conceito de *contencioso administrativo* apresentado nas duas doutrinas para responder a hipótese que apresentamos sobre o papel do *contencioso administrativo* na consolidação do Estado de Direito nas duas realidades históricas.

2. A CRIAÇÃO DO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO NA FRANÇA

Neste capítulo, faremos uma análise conceitual da expressão *contencioso administrativo* e a relação com a expressão *justiça administrativa* à luz do direito administrativo francês que surge no século XIX. As fontes utilizadas foram os livros de doutrina publicados pelos primeiros tratadistas franceses entre 1840 e 1899, sendo oportuno iniciar este estudo com informações preliminares trazidas por François Burdeau, especialista em história das ideias deste contexto.

Afirma Burdeau que desde o final do Antigo Regime, na França, até o Segundo Império (1779-1870)²⁵, a história do direito administrativo foi marcada por muitas descontinuidades, o que torna difícil traçar periodizações. Ele chama esse período de “primeira fase”, a fase fundadora (Gestation), que abrange a década revolucionária e a era napoleônica. A partir do 1815 até o início da Terceira República (1870), surgem dois fortes movimentos que levam a uma individualização progressivamente mais sofisticada do direito administrativo, e que viriam a afetar, de forma variável, as relações do poder administrativo com o direito e com a lei. A Segunda Fase, que Burdeau denomina de Florescimento (Floraison), vai de 1870 até à metade do século XX. Foi um período marcado por uma reflexão mais doutrinária, acompanhada de inovações jurisprudenciais, dando margem às grandes teorias jurídicas rivais dos principais doutrinadores da disciplina²⁶.

Segundo Burdeau, apesar do aparente conteúdo confuso e a utilização de uma metodologia rudimentar e inadequada, essas obras seguiam, na verdade, uma certa ordem que só poderia ser compreendida no contexto da França do século XIX. Os autores pioneiros do direito administrativo dedicaram-se à publicação de inventários legislativos, pois tinham a

²⁵ A partir da Revolução Francesa e ao longo de quase 80 anos, a França submeteu-se a sete regimes diferentes: três monarquias constitucionais (sob as Constituições de 1791, de 1814, e de 1830), duas Repúblicas efêmeras (a primeira, entre 1792 e 1804, e a segunda, de 1848 a 1852) e dois Impérios (o primeiro, de 1804 a 1814, e o segundo, de 1852 a 1870).

²⁶ BURDEAU, François. **Histoire du droit administratif** (de la Révolution au début des années 1970). Paris: Presses universitaires de France. 1995, p. 23.

intenção de codificar esses assuntos, de forma análoga ao que fora feito com o direito privado, no período do Primeiro Império. O esforço desses tratadistas, iniciado no Ano II, continuou no período do Diretório e chegou até à Monarquia Parlamentar sem, porém, resultar em nenhum código de direito público.

Para preencher esta lacuna, alguns jurisconsultos voltaram-se para o estudo da Jurisprudência do Conselho de Estado e as publicações passaram a ser feitas sob esse novo enfoque. Segundo Burdeau, esse novo tipo de abordagem iniciou-se em 1818, com a publicação de *Elements de jurisprudence administratif*, de autoria do advogado Louis-Antoine Macarel, obra na qual divulgou lições aprendidas em pesquisa realizada em mais de quatro mil arquivos de julgados contenciosos do Conselho de Estado, desde 1806. Outros autores, como Cormenin e De Gerando, seguiram essa linha de atribuir um poder normativo aos julgados do Conselho. O que predominava, nesse ponto de vista, era a ideia de que a jurisprudência explicava, comentava e até substituía grande parte das confusas e obsoletas leis administrativas do antigo regime. Esse raciocínio ressalta uma singularidade do Direito Administrativo, bem diferente do caráter legalista do Direito Privado²⁷. Mas nem todos os autores da época comungavam deste pensamento, principalmente os que tinham maior contato com o direito civil e exerciam a advocacia, como Chauveau, Ducrocq, Foucart, F. Laferrière, Serrigny e Trolley. Este grupo, embora reconhecesse a importância do trabalho do Conselho de Estado, relutou em transformar a jurisprudência em uma fonte autônoma e primordial do Direito Administrativo²⁸.

De acordo com Burdeau, foi a partir de 1860 que surgiram as primeiras obras que se destacaram no âmbito do direito administrativo da época. A maioria delas foram inspiradas nos acórdãos do Conselho de Estado, o que conferia a essa literatura uma fisionomia particular²⁹. Pontuou, ainda, a proliferação de livros jurídicos voltados para o ensino das faculdades de Direito, e comentou sobre algumas publicações destinadas a firmar a autonomia do direito administrativo como um ramo do direito.

²⁷ Ibidem., p. 114.

²⁸ Ibidem., p. 115.

²⁹ Ibidem., p. 116.

No desenvolvimento deste capítulo, iniciaremos com um breve resumo sobre o contexto que antecedeu o surgimento do Direito Administrativo francês (subseção 2.1), ocasião em que pontuaremos as mutações sociais, políticas e jurídicas que se operaram com a queda do antigo regime e com as ideias liberais propagadas na Revolução Francesa. Analisaremos o modelo da organização administrativa e judiciária do período pós-revolucionário, plasmado no princípio da separação dos poderes Executivo, Legislativo e Judiciário e no princípio da separação das jurisdições administrativa e judicial. Discutiremos a criação de uma justiça administrativa destinada ao julgamento dos assuntos contenciosos da administração e subordinada ao Poder Executivo, atuando em paralelo com a justiça comum do Poder Judiciário, que ficou restrito ao julgamento de litígios de ordem privada. E, por fim, apresentaremos a estrutura da justiça administrativa, seus tribunais administrativos de primeira instância, o papel do Conselho de Estado francês e o sistema de jurisdição administrativa antes e após a lei de 24 de maio de 1872.

A subseção 2.2 foi dedicada ao debate de duas questões fundamentais para a compreensão dos conceitos estudados: 1) haveria a necessidade de se criar uma justiça especial para tratar dos litígios entre a administração e os particulares? 2) Existia uma relação de pertinência entre o princípio da separação dos poderes e o preceito da separação das jurisdições administrativa e judiciária? Neste estudo, confrontaremos o pensamento doutrinário de René Jacquelin, professor de Direito da Faculdade de Lille, Henry Berthélemy, professor da Faculdade de Direito de Paris e Maurice Hauriou, professor de Direito Público da Universidade de Toulouse.

Operacionalizada a separação das jurisdições administrativa e judicial, dedicamos a subseção 2.3 à investigação dos critérios e soluções encontradas pelos franceses para identificar quais seriam as matérias sujeitas à jurisdição administrativa, com intuito de limitar a competência do *contencioso administrativo*. Para aprofundamento desse tema selecionamos o Dicionário de Magnitot/Delamarre, as obras de Alexandre François Vivien, membro da Câmara de Deputados, de Adolphe Chauveau, professor de Direito Administrativo da Faculdade de Toulouse e, novamente, René Jacquelin.

No último subseção deste capítulo (2.4), discutiremos como os administrativistas franceses do século XIX concebiam os conceitos de *contencioso administrativo* e *justiça administrativa*. Selecionamos a abordagem feita por Adolphe Chauveau, Alexandre Auguste Vivien, Pradiér-Foldéré, advogado, professor e magistrado e Edouard Laferrière, professor de Direito Administrativo da Faculdade de Paris.

2.1 ANTECEDENTES HISTÓRICOS E CONTEXTUALIZAÇÃO

Os primeiros ensaios do Direito Administrativo francês, segundo Eduardo Gualazzi, surgiram após dois mil séculos de existência do Direito Civil, cujos institutos já vinham sendo desenvolvidos pelos romanos muito antes do nascimento de Cristo³⁰. Nuno Pinheiro Andrade acrescenta que, no mundo antigo, o campo do direito era circunscrito aos conflitos de ordem privada, travados entre os particulares, e eram solucionados por órgãos judiciais que garantiam, pela coação, o cumprimento de suas decisões. Andrade também afirma que a necessidade de judicializar os conflitos entre o particular e o poder público foi se intensificando com as transformações sociais e políticas que, gradativamente, ampliaram as atribuições do Estado³¹.

A grande questão era definir a autoridade a ser investida na missão de decidir as disputas entre a administração pública e os indivíduos: seriam tribunais ordinários, do direito comum, ou os próprios agentes da administração? Ou seriam criadas instituições especiais, organizadas para esse fim? Essas indagações são fundamentais para compreender como foi construído o modelo de organização da justiça adotado pela França, após a Revolução francesa (1789-1799)³².

Para contextualizar o período estudado, aproveitaremos a resenha histórica de René Jacquelin que, inicialmente, remonta-se à época que antecede a Revolução Francesa, conhecida como *Ancien Régime*. Nesta fase, o poder de legislar, de administrar e de julgar era concentrado no rei, num regime de monarquia absoluta: a administração fazia justiça pelas próprias mãos, os tribunais realizavam atos de pura administração e a intervenção da administração na justiça operava por diversos meios. Para solucionar conflitos privados ou de ordem pública, a justiça era feita por um Conselho fiscalizado pelo rei, que também possuía a

³⁰ GUALAZZI, Eduardo Lobo Botelho. **Justiça Administrativa**. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1986, p. 27.

³¹ ANDRADE, Nuno Pinheiro. O contencioso Administrativo. Teve ele uma organização regular? In: **Revista do Instituto Histórico e Geográfico Brasileiro**. Tomo Especial, Parte III. Consagrado ao Primeiro Congresso de História Nacional (7-16 de setembro de 1914). Teses apresentadas à 4ª Seção (História Constitucional e Administrativa). Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1916, p. 664.

³² JACQUELIN, René. **Les Principes Dominants du Contentieux Administratif**. Paris: V. Giard & E. Brière Libraires-Éditeurs, 1899, p. 2.

autoridade de determinar o direito vigente. O rei podia, inclusive, desaforar processos que já tinham sido submetidos aos tribunais, resolvendo ele próprio os conflitos em última instância³³. Por sua vez, os tribunais também invadiam a competência administrativa, como uma atitude de represália a essa ingerência operada na justiça. Da mesma forma, o parlamento interferia nos atos administrativos, criticava os administradores e lhes prescrevia normas, como um superior hierárquico. Esses abusos, ocorridos ao longo do século XVIII, geraram uma onda de descontentamento que contribuíram para desencadear a Revolução Francesa³⁴. Este movimento, que pôs fim ao “antigo regime”, deu origem a um documento, aprovado em 26 de agosto de 1789, pela Assembleia Nacional Constituinte da França Revolucionária, intitulado Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão. Entre outros princípios ali consagrados, essa Declaração veio reforçar a teoria da separação dos poderes³⁵, proposta por Montesquieu, em 1748³⁶, que os distinguiu em poder Legislativo, poder Executivo e poder Judiciário, cada qual com suas limitações mútuas³⁷.

Posteriormente, a lei de 16-24 de agosto de 1790, ao organizar o sistema de justiça sob novas bases, consagrou a *separação das funções judiciárias e administrativas*, que veio instalar uma justiça especial, no âmbito do poder Executivo, independentemente da existência do poder Judiciário, para conhecer das reclamações e dos conflitos entre os cidadãos e o Estado. Na sequência, outras leis que vieram no período do Consulado (1799-1804) e do Império (1804-1815) foram criando os órgãos e jurisdições administrativas, como o Conselho de Estado e os Conselhos de Prefeitura e a Corte de Contas, que datam, respectivamente, da

³³ Ibidem., p. 22.

³⁴ Ibidem., p. 23-24.

³⁵ A Assembleia Nacional Constituinte declarou no art. 16 da Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão o seguinte: “A sociedade em que não esteja assegurada a garantia dos direitos nem estabelecida a separação dos poderes não tem Constituição”.

³⁶ MONTESQUIEU, Charles de Secondant, Baron de. **O espírito das leis**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 167-168.

³⁷ JACQUELIN, René. **Les Principes Dominants du Contentieux Administratif**. Paris: V. Giard & E. Brière Libraires-Éditeurs, 1899, p. 24.

Constituição de 22 frimário, do ano VIII, da lei de 28 pluviôse, do mesmo ano, e da lei de 16 de setembro de 1867³⁸.

A diferença entre os conceitos de *autoridade administrativa* e *autoridade judiciária* foi descrita por Magnitot, no *Dictionnaire de Droit Public et Administrative*. Em linhas gerais, o dicionário descrevia a *autoridade administrativa* como um atributo da administração pública, com poderes especiais traçados na lei, e que se manifestava, como um único corpo, ora na personalidade do funcionário administrativo, ora no próprio poder administrativo, em vários graus de hierarquia. Tais poderes especiais não autorizavam, à revelia da lei e das atribuições funcionais, a invasão da esfera de outros poderes e nem a violação de interesses privados, sob pena de punição do administrador público que assim procedesse. Por outro lado, *autoridade judicial* foi descrita, no citado dicionário, como uma emanção do poder soberano, que confiava aos magistrados o direito de julgar casos contenciosos que a lei lhes atribuía o conhecimento³⁹.

Segundo Berthélemy, as jurisdições administrativas eram de dois tipos: 1) as que tinham um caráter mais geral, como o Conselho de Estado, que desempenhava o papel de corte recursal, e os Conselhos de Prefeitura, que funcionavam como tribunais administrativos de primeira instância; 2) as que tinham um caráter especial, ou seja, cada qual competente apenas para uma categoria de negócios⁴⁰.

Destacou Hauriou que, antes da introdução da lei de 24 de maio de 1872, todas as decisões do Conselho de Estado que tratavam de matéria contenciosa eram tomadas sob a assinatura do Chefe do Executivo e sob a sua responsabilidade. Esse sistema foi chamado de justiça retida (*justice retenue*). No período do Império, essas decisões do Conselho de Estado eram chamadas de “Decretos” e, na Monarquia, passaram a ser chamadas de “Ordenanças” (*des ordonnances*). Com o advento da Lei de 24 de maio de 1872 ocorreu uma modificação importante com a inauguração do sistema de justiça delegada (*justice déléguée*). A partir daí

³⁸ VASCONCELLOS, José Mattos de. **Direito Administrativo**. Vol. I. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1936. p. 352.

³⁹ MAGNITOT, Albin le Rat; et DELAMARRE, Huard. **Dictionnaire de Droit Public et Administrative**. Tome Premier, Paris: Joubert, Libraire-Éditeur, 1836, p. 78.

⁴⁰ BERTHÉLEMY, Henry. **Traité Élémentaire de Droit Administratif**. Septième Édition. Paris: Librairie Nouvelle de Droit et Jurisprudence/Arthur Rousseau, Éditeur, 1913. p. 940.

foi permitido ao vice-presidente do Conselho de Estado assinar as decisões que passaram a se chamar “Acórdãos”, ou “Arestos” (*d`arrêts*)⁴¹.

Guilherme Aragão abordou os conceitos de justiça homologável (retida) e justiça delegada, descrevendo a evolução da justiça administrativa em três fases: 1) a fase da justiça homologável, ou retida; 2) a fase de transição entre a justiça homologável e a justiça delegada e; 3) a fase da justiça delegada, propriamente dita.

Segundo Aragão, a primeira fase, chamada de justiça homologável ou justiça retida (*justice retenue*), abarcou o período entre 1790 a 1830. Aqui se destacam três características: 1) a identificação da matéria de competência administrativa era analisada em cada litígio julgado e dependia do exame particular do caso analisado; 2) a validade da decisão administrativa dependia da homologação posterior do Chefe de Governo. Cabia ao governante, e não ao órgão julgador, dar a palavra final, razão pela qual essa fase é traduzida pelo nome de justiça homologável; 3) a maior preocupação política daquele momento era evitar que a Administração fosse julgada pelo poder Judiciário, aplicando com rigor o princípio da separação das autoridades administrativas e judiciárias⁴².

Laferrière comenta que os reis franceses do antigo regime sempre se reservaram ao direito de exercer diretamente sua jurisdição sobre casos que, por sua natureza ou pela qualidade das partes, pareciam estar fora dos conflitos comuns. A justiça homologável ou retida tem início nessa época em que predominava a incerteza decorrente da confusão de poderes do rei e da justiça. Em alguns casos, o rei se declarava o supremo árbitro da jurisdição administrativa, em outros, menciona Laferrière, por meio de cartas especiais, o rei retirava da justiça comum os casos que achava apropriado serem por ele julgados, contando com o auxílio de oficiais e membros de seus conselhos⁴³.

A segunda fase da justiça administrativa (1830 e 1872) marca o período de transição entre a justiça homologável ou retida e a justiça delegada (*justice déléguée*). Neste período, o

⁴¹ HAURIUO, Maurice. **Précis de Droit Administratif et de Droit Public**. Paris: Librairie de La Société de Recueil Sirey, Larose et Tenin, Huitième Édition, 1892, p. 707-708.

⁴² ARAGÃO, J. Guilherme de. Justiça Administrativa no Brasil. **Cadernos de Administração Pública** n. 25. Rio de Janeiro: FGV, 1955, p. 11.

⁴³ LAFERRIÈRE, Edouard. **Traité de la Jurisdiction Administrative et ses recours contentieux**. Tome Premier. Paris: Berger-Levrault, 1887, p. 124.

critério para determinar os assuntos pertinentes à competência administrativa baseava-se na identificação do tipo de ato administrativo (de império ou de gestão) que causou a lesão ao particular. Os atos de império eram aqueles em que a autoridade administrativa manifestava-se como expressão do poder público. Neste caso, se algum particular reclamasse de prejuízos ocasionados por atos de império, a competência para julgar esta irresignação seria da justiça administrativa. Por outro lado, os atos de gestão eram aqueles em que a autoridade administrativa não atuava como expressão de poder público, mas como representante desse poder e se igualando aos próprios particulares. No caso de algum particular vir a reclamar de prejuízos decorrentes de atos de gestão, a competência para o julgamento deste conflito era da justiça comum, dedicada às questões cíveis e penais⁴⁴.

Em 1840, ainda nesta fase de transição, ocorreu uma reforma na legislação administrativa que veio substituir a justiça homologável pela justiça delegada. As decisões proferidas pelos órgãos de justiça administrativa passariam a prescindir da homologação do chefe de governo para serem efetivadas. Entretanto, apesar dessa mudança legislativa, aquele ainda não teria sido o contexto em que a justiça administrativa tornar-se-ia delegada, pois Luis Napoleão Bonaparte (sobrinho de Napoleão Bonaparte), insistiu em manter a prerrogativa de ser o único guardião da justiça administrativa, com o poder de adiar ou alterar as decisões proferidas pelo Conselho de Estado.

Para proteger o governo contra as diferenças doutrinárias ou possíveis interferências do Conselho de Estado na administração, a Assembleia Nacional criou dois recursos para rever as decisões administrativas, mas que somente poderiam ser interpostos pelo Ministro da Justiça ao Chefe de Governo. Um deles foi o “recurso no interesse da lei”, dirigido contra decisões da sessão do *contencioso administrativo* do Conselho de Estado proferidas com excesso de poder ou que externassem violação da lei. O julgamento deste recurso poderia resultar em uma censura ao Conselho de Estado, para remover o excesso de poder ou violação à lei, mas essa determinação não tinha força para anular a decisão da justiça administrativa e nem produzia efeitos com relação às partes.

O outro recurso aprovado pela Assembleia Nacional tinha como objetivo questionar a ocorrência de invasão de competência nas decisões proferidas pela sessão do *contencioso*

⁴⁴ ARAGÃO, J. Guilherme de. *Justiça Administrativa no Brasil. Cadernos de Administração Pública* n. 25. Rio de Janeiro: FGV, 1955, p. 12.

administrativo, ao julgar matérias estranhas à sua competência. O julgamento desse recurso, ao contrário do outro, poderia resultar na anulação da decisão da justiça administrativa. No entanto, os dois recursos nunca foram, de fato, exercidos⁴⁵.

A terceira fase, e última, fase da justiça administrativa apontada pela doutrina francesa, é aquela em que a instituição da justiça delegada foi efetivamente implantada. As decisões emanadas dos tribunais administrativos passaram a ser definitivas, sem a exigência de serem homologadas pelo chefe do governo. Isso ocorreu com o advento da lei de 24 de maio de 1872, que também criou o tribunal de Conflito para dirimir os casos de conflitos de competência entre as questões que seriam da alçada da justiça administrativa e da justiça comum. Outro acontecimento importante, que veio para superar a teoria dos atos de império e de gestão, foi a orientação jurisprudencial do Conselho de Estado, proveniente julgamento do famoso caso *Arrêt Blanco*⁴⁶, ocorrido em 1873, que projetou o elemento “serviço público” como critério para definir a competência administrativa. Essa nova orientação, entretanto, só passou a ser aplicada efetivamente em 1903, ou seja, 30 anos após o citado julgamento.

A decisão do Tribunal de Conflito, proferida no célebre caso *Arrêt Blanco* inaugurou a autonomia do Direito administrativo ao impor duas condições a serem observadas nos julgamentos de questões contenciosas administrativas: 1) a inaplicabilidade das regras de Direito privado, em particular do Código Civil e; 2) a aplicação de regras próprias do Direito Administrativo, já delineadas pela doutrina da época⁴⁷. A sistematização da justiça

⁴⁵ LAFERIERE, Edouard. **Traité de la Juridiction Administrative et ses recours contentieux**. Tome Premier. Paris: Berger-Levrault, 1887, p. 217-218.

⁴⁶ Uma menina de 5 anos, Agnes Blanco, foi seriamente ferida por um vagão dirigido por funcionários de uma fábrica de tabaco que era explorada pelo Estado. O pai da criança ingressou com uma ação judicial contra o Estado, em função do dano. O Conselho de Estado declarou-se competente para o julgamento, surgindo, então, um conflito de competência entre a jurisdições administrativa e judicial, sendo o caso levado ao Tribunal de Conflitos. A decisão ocorreu no sentido de ser o Estado o responsável por danos causados a indivíduos por pessoas empregadas no serviço público, não podendo ser aplicado, nesse caso, os princípios estabelecidos no Direito Civil, como se fosse um conflito entre dois particulares. Este julgamento veio reconhecer o serviço público como critério de competência da jurisdição administrativa, traçando regras específicas aplicáveis aos serviços públicos e as ligações entre o fundo do direito aplicado e a competência da jurisdição administrativa. O Conselho de Estado julgou o processo, concedendo uma indenização à vítima. Disponível em: <<http://www.conseil-etat.fr/Decisions-Avis-Publications/Decisions/Les-decisions-les-plus-importantes-du-Conseil-d-Etat/Tribunal-des-conflits-8-fevrier-1873-Blanco>>. Acesso em: 07 mar 2019.

⁴⁷ RIVERO, Jean. **Droit Administratif**. Treizième édition. Paris: Dalloz, 1990, p. 21-22.

administrativa só ocorreu, efetivamente, em 1896, com publicação da obra *Traite de la juridiction Administrative*, de Edouard Laferrière⁴⁸, que analisaremos mais adiante.

2.2 A NECESSIDADE DE EXISTIR UMA JUSTIÇA ADMINISTRATIVA E A PERTINÊNCIA ENTRE A SEPARAÇÃO DOS PODERES E DAS JURISDIÇÕES

Trataremos nesse tópico de duas questões que fomentaram controvérsias entre os administrativistas franceses ao longo do século XIX, cujo debate faz-se essencial para compreendermos, naquele contexto, o conceito de *contentioso administrativo* e sua relação com o conceito de *justiça administrativa*. As perguntas formuladas são as seguintes:

1) existiria, de fato, a necessidade de criar uma justiça especial, no âmbito do poder Executivo, para tratar dos litígios entre a administração e os particulares?

2) existiria conformidade ou divergência entre o princípio da separação dos poderes (Legislativo, Executivo e Judiciário), consagrado na Declaração de Direitos de 1789, e o princípio da separação das jurisdições (ordinária e administrativa), decorrente da lei de 16-24 de agosto de 1790?

Neste estudo, confrontaremos os pensamentos doutrinários de René Jacquelin, Henry Berthélemy e Maurice Hauriou.

De acordo com a doutrina de Jacquelin, apresentada em sua obra *Les Principes Dominants du Contentieux Administratif*, os tribunais reais do regime que antecedeu a Revolução Francesa eram investidos de poderes para decidirem tanto os assuntos de natureza privada (cível e penal) como os administrativos⁴⁹. Desde o antigo regime, os conflitos entre particulares e o poder público eram judicializados e decididos pelo mesmo órgão que julgava os conflitos de natureza privada.

⁴⁸ ARAGÃO, J. Guilherme de. *Justiça Administrativa no Brasil*. **Cadernos de Administração Pública** n. 25. Rio de Janeiro: FGV, 1955, p. 16.

⁴⁹ JACQUELIN, René. **Les Principes Dominants du Contentieux Administratif**. Paris: V. Giard & E. Brière Libraires-Éditeurs, 1899, p. 43.

Para Jacquelin, o período revolucionário francês inaugurou uma radical mudança de paradigma na organização daquele Estado quando adotou o princípio da separação dos poderes. A partir daí, surgiram inúmeras leis e regulamentos com o objetivo de proibir a interferência de órgãos judiciais (poder judiciário) na administração pública (poder executivo). Para o citado autor, o consectário lógico dessa nova ordem seria proibir a administração de julgar todo e qualquer tipo de disputa, cuja atribuição estaria reservada ao poder Judiciário, com funções distintas do poder Executivo.

No entanto, afirma que tal reciprocidade não foi respeitada, nem pela interpretação jurisprudencial, nem pela doutrinária. Na verdade, os tribunais de justiça comum acabaram sendo proibidos de interferir na administração e de julgar e interpretar a legalidade de qualquer ato administrativo (a menos que uma lei especial expressamente lhes concedesse essa autoridade em alguns casos). E, quanto à administração, além de ter sido preservada a sua função de administrar, a este poder acabou, também, pertencendo a função de julgar os litígios administrativos, através da justiça administrativa⁵⁰.

Jacquelin expôs a evidente confusão entre o preceito da separação das jurisdições (administrativa e judicial) e o princípio da separação dos poderes (Legislativo, Executivo e Judicial), cujas terminologias considerou impróprias e imprecisas. Para ele, a separação das jurisdições estaria em desacordo com o preceito da separação dos poderes, por permitir a remoção, para a competência administrativa, de uma considerável classe de litígios que seriam da competência do poder Judiciário, amputando, dessa forma, parte da missão natural desse poder, que é a de julgar. Asseverou Jacquelin que a lei que instituiu a jurisdição administrativa pautava-se na “regra da independência absoluta da administração” em relação à justiça, significando uma espécie de violação ao princípio da separação dos poderes, expresso na Constituição vigente à época⁵¹. Nessa linha de raciocínio, concluiu que o princípio da separação dos poderes teria falhado na sua intenção de corrigir os abusos e invasões mútuas, pois a criação de uma justiça administrativa como função do poder Executivo representava

⁵⁰ Ibidem., p. 25-28.

⁵¹ Ibidem., p. 31-33.

uma flagrante tentativa de restaurar o antigo sistema vigente nas instituições monárquicas, no qual o poder administrativo pairava sobre a instituição judiciária⁵².

Um dos argumentos apresentados por Jacquelin para criticar o modelo de organização judiciária francês, era a completa independência entre o Tribunal de Cassação e o Conselho de Estado⁵³, órgãos que figuravam, respectivamente, como tribunais de alta corte da justiça comum e da justiça administrativa. A ausência de um órgão superior, de uma autoridade comum que servisse de ponto de contato entre as duas ordens de jurisdição (administrativa e judicial), poderia, na sua concepção, levar a erros judiciais, acarretando a negação da justiça e ausência do direito⁵⁴. Outro argumento por ele apresentado foi a imprecisão no critério comumente utilizado para diferenciar os órgãos jurisdicionais judicial e administrativo. Explica Jacquelin que o critério usual era observar se o órgão estaria sob o supremo controle do Tribunal de Cassação ou do Conselho de Estado e aponta a sua falha em função da independência ou não de seus membros. Apresenta, como exemplos, a situação dos Tribunais de Contas e da Justiça de Paz. Segundo o autor, no caso do Tribunal de Contas, seus conselheiros gozavam de independência e inamovibilidade como os juízes da justiça comum. Entretanto, pelo fato de suas decisões serem controladas pelo Conselho de Estado, este órgão era considerado um tribunal administrativo.

Outro exemplo foi o da Justiça de Paz, cujos membros, à semelhança dos juízes administrativos, não possuíam as garantias de independência e inamovibilidade. No entanto, por ser uma justiça controlada pelo Tribunal de Cassação, a Justiça de Paz era classificada como um órgão do poder Judiciário⁵⁵.

Da leitura dos argumentos apresentados por Jacquelin ao criticar o modelo de justiça francês, percebemos que o jurista não era favorável à instituição de uma justiça administrativa e, conseqüentemente, rejeitava a adoção do princípio da separação das jurisdições. No seu modo de ver, a existência de uma justiça administrativa afrontava o princípio da separação dos poderes, pois permitia ao poder Executivo, na sua vertente de poder administrativo,

⁵² Ibidem., p. 49.

⁵³ Ibidem., p. 80-81.

⁵⁴ Ibidem., p. 51-53.

⁵⁵ Ibidem., p. 51-53.

usurpar a função de julgar, própria do poder judiciário, o que revelava certa confusão entre os conceitos de “funções” e “poderes”.

A doutrina de Berthélemy divergia, em muitos pontos, do pensamento de Jacquelin. Berthélemy não concordava com a tripartição dos poderes em Legislativo, Executivo e Judiciário e não via o Judiciário como poder instituído, ou seja, não o posicionava no mesmo nível dos demais poderes⁵⁶. No seu entendimento, o poder Judiciário era apenas um ramo do poder Executivo, com a função restrita de aplicar a lei aos casos concretos, sem autoridade para interpretá-la⁵⁷. Segundo ele, tanto a função de julgar como a de administrar, seriam frações de uma função mais ampla, própria do poder Executivo, que era a da execução das leis.

Para Berthélemy, as funções de julgar e administrar até poderiam ser separadas, mas não como uma premissa para impedir o despotismo ou para preservar a liberdade, mas sim para promover uma boa administração e uma boa justiça, como duas especializações inerentes ao poder Executivo. Este doutrinador visualizava as duas funções como se fossem qualidades diferentes, exigidas para o exercício dos papéis de administrador e de juiz⁵⁸. Em síntese, podemos dizer que o jurista aprovava a separação das jurisdições, não como um preceito decorrente do princípio da separação dos poderes, que no seu modo de ver só seriam dois (Executivo e Legislativo), mas como uma divisão de “tarefas” necessárias para uma melhor entrega dos serviços públicos. Esse entendimento era bem diferente do que era sustentado por Jacquelin, que entendia serem antagônicos os princípios da separação dos poderes e o das jurisdições.

Na opinião de Berthélemy, era necessário instituir a jurisdição administrativa para evitar a submissão da administração pública sob o controle dos juízes comuns. Ele não concebia a possibilidade de existir um processo administrativo representando litígios em que figurem como parte o cidadão e o Estado. No seu argumento, a presença da administração em um dos polos da ação teria a função de defender o interesse geral de toda a sociedade e, por

⁵⁶ BERTHÉLEMY, H., *Traité Élémentaire de Droit Administratif*. Septième Édition. Paris: Librairie de Droit et jurisprudence/Arthur Rousseau, Éditeur, 1913, p. 11.

⁵⁷ Id., p. 12.

⁵⁸ Ibid., p. 17.

conta disso, o julgamento da questão debatida no processo administrativo não poderia ser confiada a uma autoridade que estivesse no mesmo grau hierárquico da administração, levando em conta que a autoridade judicial seria tão falível quanto ela. Para ele, a existência de litígio só teria sentido nas ações privadas, cujas partes eram particulares que confiavam a solução do conflito a uma autoridade soberana⁵⁹. Além disso, Berthélemy afirmava ser um grande sofisma a assertiva de que justiça administrativa seria uma “justiça que julgava a si mesma”, pois tanto o Tribunal de Cassação como o Conselho de Estado teriam o mesmo interesse moral de julgar recursos de decisões proferidas por seus órgãos de instância inferior⁶⁰.

Jacquelin (1899), por sua vez, condenava a coexistência de jurisdições administrativas e judiciais, sob o argumento de que este modelo produzia confusão entre os conceitos de “poderes” (poder judiciário e poder administrativo) e de “funções” (função de julgar e função de administrar). Tal posicionamento foi repellido por Berthélemy⁶¹, que assim manifestou o seu pensamento:

Nosso colega acredita que a função de julgar pode ser efetivamente separada da função de administrar se a primeira função estiver, em todos os casos, exclusivamente confiada ao ‘poder judicial’ sem qualquer ligação com o ‘poder executivo’. Não levando em consideração as diferenças que separam o contencioso administrativo e o contencioso judiciário, Sr. Jacquelin não teme submeter o exercício da autoridade administrativa ao controle dos tribunais civis; qualquer combinação que não tenha esse objetivo parece resultar na ‘confusão de poderes’ e ‘confusão de funções’.

Opomo-nos que a ‘confusão de poderes’, no sentido dado pelo Sr. Jacquelin a esta expressão, não é evitada, mesmo no sistema que ele prefere, já que o ‘poder executivo’ em relação aos direitos retém sobre os seus Juízes (nomeações, promoções, honrarias), detém o ‘poder Judiciário’, numa medida muito maior, a seu critério. Quanto a ‘confusão de funções’, ela pode ser evitada sem violar o princípio da separação das autoridades administrativa e judicial.

Estaríamos provavelmente de acordo se, abandonando o campo da abstração, reduzíssemos essa controvérsia a seus termos mais simples. Desejamos, de fato, tanto um quanto o outro, que seja assegurada a independência daqueles que estão encarregados de ‘dizer o direito’, seja para decidir um debate entre indivíduos, seja para trazer de volta a autoridade administrativa à observância da lei. Não conheço nenhum autor, não li nenhum trabalho que, justificando

⁵⁹ Ibidem., p. 917.

⁶⁰ Ibidem., p. 917-918.

⁶¹ Ibidem., p. 919-920.

as queixas do Sr. Jacquelin, sustente que ‘*a administração é irrealizável se ela tiver que cumprir as leis*’.

Considero necessário que os juízes encarregados do controle jurisdicional da administração ativa não sejam os mesmos juízes encarregados de decidir as ações ordinárias. Mas não vejo boas razões para que a lei torne alguns removíveis e aparentemente subordinados, enquanto faz outros serem inamovíveis e aparentemente independentes. Apoio totalmente as críticas que o Sr. Jacquelin fez ao exercício de justiça administrativa por conselhos de prefeitura. Eu não posso segui-lo quando engloba na mesma reprovação o Conselho de Estado. Na lei, seria melhor que os Conselheiros de Estado fossem inamovíveis; na verdade, a independência dessa alta jurisdição é inegável.

Finalmente, afasto-me deliberadamente da tese do Sr. Jacquelin quando, em vez de pedir a melhoria de nossas jurisdições administrativas, ele pede sua supressão, ignorando, assim, a necessidade de separação das autoridades administrativas e judiciais, sob o pretexto de reforçar a separação das funções (grifos do autor).

Podemos perceber que Berthélemy não vislumbrava qualquer contradição entre o princípio da separação dos poderes e o princípio da separação das jurisdições, discordando de Jacquelin a respeito da alegada confusão entre os conceitos de *poderes* e *funções*. Muito embora os dois juristas enxergassem o problema sob óticas bem diferentes, ambos concordavam a respeito da importância de ser garantida a independência do julgador, seja este de matérias administrativas ou privadas.

Em suma, Jacquelin não via com bons olhos a existência de uma justiça administrativa no âmbito do executivo, por representar uma violação ao princípio da separação dos poderes, o que acarretaria a confusão entre os conceitos de *funções* e *poderes*. Para ele, a “função de julgar”, seja questões privadas ou administrativas, era uma atribuição restrita ao poder Judiciário, assim como a “função de administrar” seria privativa do poder Executivo, eis que a separação de poderes implicaria na separação de funções. A existência da justiça administrativa no âmbito do poder Executivo era vista, no seu entendimento, como uma violação ao princípio da separação dos poderes.

Do outro lado, Berthélemy não vislumbrava essa confusão entre “funções” e “poderes” e defendia a ideia de que o poder Judiciário era, na verdade, um ramo do poder Executivo. Além da função de administrar, estaria também reservada ao poder Executivo a função de julgar. Para Berthelémy, a função de julgar era subdividida em duas jurisdições: uma judiciária (com juízes mais independentes, dedicados ao julgamento de causas privadas) e outra administrativa (com juízes mais controlados, para julgar a própria administração). Segundo ele, inexistia antinomia entre o princípio da separação dos poderes e o da separação das jurisdições administrativa e judiciária. Ao defender a separação bipartida dos poderes

(Executivo e Legislativo), Berthélemy posicionava as justiças comum e administrativa como ramos do *poder Executivo*. Na realidade, ele considerava o *contencioso administrativo* como um verdadeiro acordo tácito entre os tribunais judiciais e administrativos, no qual a jurisprudência dos tribunais administrativos tornar-se-ia mais absorvente e os tribunais comuns, ao se desembaraçarem dos vários processos que os obrigava a intervir no julgamento dos atos da administração pública, dedicar-se-iam tão somente aos litígios do domínio privado⁶².

Maurice Hauriou trouxe uma interpretação diferente. Ele não via a justiça administrativa como uma instituição necessariamente obrigatória nos países que possuíam uma administração pública organizada, mas defendia a importância dessa instituição para a realidade francesa. Em sua obra *Précis de Droit Administratif et de Droit Public*, expôs que, em alguns países, as reclamações dos administrados que tiveram seus direitos violados pela administração pública operavam pela via do apelo hierárquico (formulado dentro do próprio órgão administrativo), e que esse modelo vinha se mostrando eficiente para o funcionamento do Estado. No entanto, afirmou que a possibilidade do demandante ajuizar recursos contenciosos perante um juiz público revelava um maior poder de apaziguamento entre os litigantes, seja qual fosse o resultado. Na sua opinião, quando a administração desempenha, ao mesmo tempo, o papel de parte e de juiz, isso representaria para o particular uma garantia em relação à personalidade moral dos órgãos da administração⁶³.

Para Hauriou, a criação de uma justiça administrativa para solucionar disputas entre a administração e particulares não era obrigatoriamente necessária, pois qualquer tipo de jurisdição poderia conhecer e julgar este tipo de assunto. Para ele, era um erro confundir o conceito de *contencioso administrativo* com o de *jurisdição administrativa*⁶⁴. Mas, no que tangia à realidade francesa, o autor entendia que, nesse caso específico, era necessária a

⁶² Ibidem., p. 934.

⁶³ HAURIOU, Maurice. *Précis de Droit Administratif et de Droit Public*. Paris: Librairie de La Société de Recueil Sirey, Larose et Tenin, Huitième Édition, 1892, p. 869-870.

⁶⁴ Ibidem., p. 931.

instalação de uma jurisdição administrativa separada da comum, e ressaltou sua importância no desenvolvimento do Direito Administrativo⁶⁵.

Para justificar a adoção do modelo de justiça administrativa na França, Hauriou apontou razões de ordem jurídica e política. As razões exclusivamente jurídicas, que considerou válidas para qualquer país, seriam de duas ordens: 1) seria bem natural que um gênero especial de assunto correspondesse a um juiz especial, que por sua origem apresentasse garantias especiais de competência; 2) não seria muito natural para o Estado, que é uma autoridade pública, submeter o julgamento de seus atos contra um juiz ordinário, suportando eventuais condenações e execução de sentença⁶⁶.

Com relação às razões de ordem política e constitucional, que Hauriou entendeu serem apenas válidas para a realidade da França, essas partiam da ideia de que a centralização e o sistema administrativo, conforme o estatismo iniciado após a Revolução Francesa, exigiam a absoluta independência da autoridade administrativa em relação à autoridade judicial, que representava o direito comum. Para ele, essa foi a forma de firmar a independência do direito público em relação ao direito privado⁶⁷.

Comentou, ainda, Hauriou, que a legislação da assembleia revolucionária continha duas proibições diferentes: 1) Em primeiro lugar, os tribunais comuns tinham sido proibidos de interferir nas funções da administração ativa, seja por regulamentos ou por meio de recursos dirigidos aos administradores, o que implicaria na separação das funções administrativa e judicial. Desde então, os tribunais não poderiam mais cuidar da administração ativa, como faziam no antigo regime; 2) em segundo lugar, os mesmos tribunais foram proibidos de receber as reclamações contra os administradores, o que implicava na separação do *contencioso administrativo* e do contencioso judicial. Nessa linha de raciocínio, seria justificável a criação de uma jurisdição administrativa, absolutamente

⁶⁵ Ibidem., p. 870.

⁶⁶ Ibidem., p. 871.

⁶⁷ Ibidem., p. 872.

separada da jurisdição civil e muito próxima da administração ativa que, do ponto de vista constitucional, fazia parte do poder Executivo⁶⁸.

A interpretação dessas duas proibições, como explicou Hauriou, dependeria da forma como se concebia o princípio da separação de poderes. Se este preceito fosse visto como uma pura e simples aplicação do princípio da divisão do trabalho, seria interpretado, acima de tudo, como uma separação das funções de julgar e de administrar. E nessa linha de raciocínio, o ato de julgar seria atributo de um único poder, não devendo existir dois poderes com atributos de julgar. Mas os franceses do século XIX não entendiam a separação de poderes apenas no sentido funcional.

A separação dos poderes era vista sob uma ótica política e não estavam preocupados em firmar a autonomia do poder Judiciário. Desejavam um Estado com um poder Executivo constitucionalmente autônomo, independente perante aos demais poderes. Isso implicava que o poder Executivo assumisse, também, parte da função jurisdicional e da função legislativa. O estabelecimento de uma jurisdição administrativa para julgar o *contencioso administrativo* mostrava-se em perfeita harmonia com a visão política que os franceses tinham a respeito do princípio da separação de poderes⁶⁹.

2.3 A DEMARCAÇÃO DAS MATÉRIAS ADMINISTRATIVAS

Abordaremos aqui como foram estabelecidos os limites do poder de julgar da justiça administrativa e quais os critérios e soluções apresentadas pelos doutrinadores do século XIX para definir essa competência, de forma a não invadir a da justiça comum. Para desenvolver esse tema, buscamos como fonte de pesquisa o Dicionário de Magnitot/Delamarre, Jaquelin, Vivien, membro da Câmara de Deputados, e de Adolphe Chauveau, professor de Direito Administrativo da Faculdade de Toulouse.

⁶⁸ Ibidem, p. 873.

⁶⁹ Ibidem, p. 873-874.

O *Dictionnaire de Droit Public et Administrative* de Magnitot/Delamarre descreve o conceito de *competência administrativa* em sintonia com a Lei de 24 de agosto de 1790⁷⁰:

É o poder conferido por lei aos funcionários administrativos para desempenhar suas funções dentro dos limites fixados entre a autoridade administrativa e a autoridade judicial (L 24 de agosto de 1790, art. 1). A competência dos funcionários públicos ou dos tribunais administrativos, no entanto, varia bastante, e a nomenclatura dos vários casos em que é exercida, é sempre incompleta. É para substituir a exposição dos princípios usados para estabelecer esta competência que, dentro de cada artigo, foi dedicado um parágrafo especial ao exame da competência administrativa ou judicial sobre cada sujeito, em cada espécie.

Como podemos aferir da citada definição, a *competência administrativa* seria um poder funcional limitado que a lei confere a funcionários públicos (para agir em nome da administração) e aos tribunais (para julgar questões administrativas). O limite desse poder seria a competência da autoridade judicial, que não pode invadir e nem ser invadida. Ora, para o exercício dessas funções, as autoridades administrativa e judicial precisavam ter conhecimento de quais assuntos poderiam julgar. Observamos que a definição do dicionário revela que tal informação estaria disponibilizada na lei administrativa, com seus artigos e parágrafos dedicados ao exame da competência sobre cada sujeito, em cada espécie.

Mas seria a lei a fonte principal para fixar a competência administrativa, abrangendo toda gama de assuntos litigiosos pertinentes à jurisdição administrativa?

Jacquelin considerava arbitrária a legislação administrativa que disciplinava a distribuição dos litígios para a justiça administrativa e para a justiça comum. Para ele, como já comentado, isso ocorria porque a própria jurisdição administrativa fundamentava a sua existência na ignorância inicial a respeito do princípio racional da separação dos poderes⁷¹. Este autor mencionou que parte da doutrina que demarcava a distribuição dos litígios administrativos usava técnica de interpretação fundada em dois critérios de distinção: 1) o primeiro critério seria baseado na dualidade do caráter jurídico das pessoas administrativas, ou seja, consistia em analisar, no caso concreto, se o Estado teria agido como governo (poder

⁷⁰ MAGNITOT, Albin le Rat; DE LA MARRE, Huard. **Dictionnaire de Droit Public et Administrative**. Tome Premier, Paris: Joubert, Libraire-Éditeur, 1836, p. 270.

⁷¹ JACQUELIN, René. **Les Principes Dominants du Contentieux Administratif**. Paris: V. Giard & E. Brière Libraires-Éditeurs, 1899, p. 82.

público) ou como gestor, equiparando-se ao particular; 2) o segundo critério era fundado na natureza dos direitos em questão⁷².

Para Jacquelin, no que dizia respeito à demarcação da competência, o legislador não teria se orientado por nenhum desses dois critérios. Para ele, o primeiro critério, que indicava a análise do caso concreto, era sombrio⁷³, pois, para aplicá-lo, o intérprete deveria partir de outros conceitos, como por exemplo, o de “poder público”, de “personalidade moral”, “personalidade privada”, e isso abrangia um vasto número de situações excepcionais⁷⁴. Da mesma forma, o autor achava insuficiente o segundo critério que identificava a competência através da natureza dos direitos discutidos, pois existiam certas matérias de natureza administrativa que a lei determinava que o seu julgamento deveria ser decidido pela justiça ordinária⁷⁵.

Assim, Jacquelin não viu êxito nessas duas opções sugeridas pela doutrina para traçar um princípio geral inspirado na visão do legislador e identificasse assuntos de ordem administrativa para diferenciá-los das matérias do direito comum. Esses critérios desmoronavam-se diante de inúmeras e injustificáveis derrogações e exceções, fazendo-o crer que a divisão dessas competências teria sido fixada arbitrariamente na lei⁷⁶.

Outros publicistas franceses entendiam que a jurisprudência seria a melhor fonte de busca desses critérios. Vivien comentou no seu livro *Etudes Administratives* que, em 1830, foi organizada uma comissão para examinar as decisões do Conselho de Estado, com o intuito de levantar quais seriam as questões da competência da justiça administrativa e quais seriam as matérias que deveriam ser devolvidas para serem julgadas na justiça comum. Na elaboração deste trabalho, o grupo presidido por Duke de Bloguie, Ministro e Presidente do Conselho de Estado, utilizou uma metodologia que havia sido publicada na *Revue Française*. O trabalho resultou em um projeto com 246 artigos que, segundo Vivien, eram até bem elaborados e

⁷² Ibidem., p. 82-83.

⁷³ Ibidem., p. 96.

⁷⁴ Ibid., p. 83-85.

⁷⁵ Ibidem., p. 97.

⁷⁶ Ibidem., p. 107.

conscienciosos⁷⁷. Mas o projeto não logrou o êxito esperado, pois a própria comissão concluiu que a organização de uma nomenclatura daquele porte seria tarefa praticamente impossível⁷⁸. Na opinião de Vivien, o erro da comissão foi o de organizar o *contencioso administrativo* como uma série de matérias de espécies distintas, e não dentro de um gênero de assuntos. Comentou que tal equívoco já havia sido repetido na ordenança de 1º de junho de 1828, que tentou tratar desses conflitos⁷⁹.

Vivien acreditava que a verdadeira definição das matérias administrativas seria obtida a partir de uma sucinta análise da jurisprudência do Conselho de Estado⁸⁰, pois muito pouca informação seria encontrada na legislação. Além disso, fez um alerta sobre a grande dificuldade trazida pelas *Desclassificações (dèclassement)*, definida por ele como sendo disposições presentes em leis excepcionais que, por razões políticas, invertiam a lógica da competência das matérias, ou seja, incluíam no rol do *contencioso administrativo* alguns assuntos que, pela sua natureza, deveriam ser julgados na justiça comum e vice-versa⁸¹. Comentou Vivien que as leis que continham *Desclassificações* haviam sido criadas em momentos distintos, sob a influência de princípios vigentes em várias formas de governo, o que provocava avaliações imprecisas nos debates doutrinários e jurisprudenciais⁸². Decorria daí uma grande dificuldade de aplicar princípios e leis pertinentes às matérias administrativas em questões de natureza judiciária⁸³.

Enfim, após abordamos a legislação e a jurisprudência, resta-nos perquirir a respeito da doutrina francesa, ou seja, se ela apresentou alguma solução para fixar a competência da jurisdição administrativa. Selecionamos para este fim a obra *Principes de Compétence et de juridiction*, de Adolphe Chauveau.

⁷⁷ VIVIEN, Alexandre François Auguste. **Etudes Administratives**. Paris: Guillaumen, 1846, p. 284.

⁷⁸ Ibidem., p. 285.

⁷⁹ Idem.

⁸⁰ Ibidem., p. 286.

⁸¹ Ibidem., p. 276

⁸² Ibidem., p. 277

⁸³ Ibidem., p. 279.

Na tentativa de suprir o silêncio do legislador, Chauveau apresentou uma tese que acreditava ser a chave para a compreensão do *contencioso administrativo*. Para tanto, desenvolveu um raciocínio no qual trabalhou com os conceitos de *interesse* e de *direito*, e os relacionou às expressões *jurisdição graciosa* e *jurisdição contenciosa*⁸⁴, sendo ambas qualificações relacionadas à administração ativa⁸⁵. A partir dessas definições, Chauveau desenvolveu um modelo, um critério teórico, para identificar que assuntos seriam matérias do *contencioso administrativo* e quais assuntos pertenceriam à *jurisdição graciosa*, uma vez as duas jurisdições estariam a cargo da *justiça administrativa*.

Chauveau inicia sua tese enfatizando o sentido da palavra *interesse* que, no contexto do direito civil, teria significado diverso do usado no direito administrativo. Aduziu que, em matéria civil, a palavra *interesse* estaria vinculada à palavra *direito*, expressando a possibilidade dos indivíduos discutirem, nos tribunais civis, a violação ou recusa de seus direitos garantidos por uma norma. Em outras palavras, o interesse seria o direito de ação ou de interpor recurso contencioso.

Já no âmbito do direito administrativo, a palavra *interesse* não estaria vinculada à nenhum direito. Ao contrário, seu sentido estaria relacionado à ausência do direito, ou seja, estaria relacionado à uma *vantagem*, sem previsão em uma norma que o indivíduo obteve ou desejava obter por meio de uma decisão da administração. Ele cita como exemplo o desejo de um determinado cidadão obter uma gratificação, um favor especial da administração. Ao conceder essa vantagem ao cidadão, a administração estaria desmembrando algo que seria de utilidade geral em proveito da utilidade particular. A Administração teria a prerrogativa de negar ou, em qualquer momento, voltar atrás e retirar vantagens que foram concedidas, sendo permitido ao particular prejudicado formular ao órgão administrativo um pedido de reconsideração. Entretanto, ressaltou Chauveau, tal pedido de reconsideração não ensejaria um *contencioso administrativo*⁸⁶, pois a negativa ou perda de uma vantagem seria matéria a ser discutida em sede de jurisdição administrativa graciosa, com modo de ação a ser exercido

⁸⁴ CHAUEAU, Adolphe. **Principes de Compétence et de juridiction**. Tome I. Paris: Cotillon e Durand, 1841, p. 23.

⁸⁵ Ibidem, p. 25.

⁸⁶ Ibidem, p. 23-24.

pelos próprios agentes administrativos⁸⁷. Para ele, a jurisdição administrativa graciosa nem poderia ser considerada uma verdadeira jurisdição⁸⁸.

Em outras palavras, na linha do raciocínio desenvolvido por Chauveau, podemos dizer que os assuntos nos quais se discutiam um *interesse*, ou seja, uma vantagem que o particular desejasse obter da administração, não poderiam ser inseridos na classificação de *contencioso administrativo*. Estes assuntos demandariam tão somente uma simples reclamação, uma discussão não-litigiosa entre o cidadão e administração.

Com relação à palavra *direito*, Chauveau a considerou sob dois aspectos: “um direito propriamente dito (ou primitivo) ou um direito adquirido”. Para ele, o “direito propriamente dito” seria aquele que tem fundamento em uma lei ou em um contrato, como por exemplo, o direito inerente à qualidade de ser proprietário de um determinado bem, ou o direito à qualidade de ser um cidadão francês.

Observa o autor que qualquer governo civilizado estaria proibido de invadir, de forma discricionária⁸⁹, esse tipo de direito, e qualquer ato administrativo que viesse a modificá-lo ou destruí-lo, daria origem a um recurso contencioso. Com relação ao *direito adquirido*, este surge a partir de *atos administrativos puramente discricionários*. Isso ocorreria, por exemplo, quando a administração, discricionariamente, favorecesse um indivíduo, entregando-lhe um objeto corpóreo ou incorpóreo. A partir do momento em que este objeto for incorporado à propriedade do indivíduo, nasce para ele o *direito adquirido* em relação àquele bem, que deve ser respeitado como qualquer direito primitivo⁹⁰. Se, posteriormente, a administração, de forma puramente discricionária, decidir retomar este objeto, o particular prejudicado poderia questionar esse ato administrativo com fundamento do seu direito adquirido, sendo que este

⁸⁷ Ibidem., p. 254.

⁸⁸ Ibidem., p. 255.

⁸⁹ A Administração pública, no exercício do poder discricionário, goza de certa liberdade de agir, permanecendo, porém, sua margem de manobra, dentro dos princípios da legalidade. Por não ser absoluta, essa liberdade não se confunde com arbitrariedade. Ao agir com discricionariedade, a administração tem o dever de avaliar a oportunidade e a conveniência da medida tomada, que está sujeita ao controle do juiz administrativo, no ponto de vista da competência, da legalidade dos motivos e do regular objetivo do ato. MAITROT, Jean-Claude. Pouvoir Discretionnaire. **Encyclopædia Universalis**. Disponível em <<http://www.universalis.fr/encyclopedie/pouvoir-discretionnaire/>>. Acesso em: 20 mai 2019.

⁹⁰ CHAUVEAU, Adolphe. **Principes de Compétence et de juridiction**. Tome I. Paris: Cotillon e Durand, 1841, p. 24-25.

juízo deverá ser feito pela justiça administrativa, não cabendo tal competência à justiça comum fazê-lo, sob pena de afrontar o princípio da separação dos poderes⁹¹.

Partindo desses conceitos, Chauveau montou uma fórmula, para identificar quase todos os casos do *contencioso administrativo*: “o caráter dominante e distintivo do contencioso administrativo ocorre sempre quando um interesse especial que emana do interesse geral, for discutido, em contato com um direito privado⁹².

Na fórmula de Chauveau, destacamos as expressões *interesse especial*, *interesse geral* e *direito privado*. Destacamos também a oposição entre um *interesse especial* e um *direito privado*, locuções que o próprio autor procurou esclarecer e que iremos aqui sintetizar:

1) o primeiro requisito para caracterizar uma ação como contencioso administrativo, seria a existência de um *direito privado* (interesse do particular) violado por interesse especial (materializado por um ato administrativo), por sua vez emanado do *interesse geral* (abstrato);

2) O direito privado, que pertence ao particular, que o autor o subdividiu em *direito propriamente dito* e *direito adquirido*⁹³;

3) O *interesse geral* seria aquele regulado pelo poder Legislativo (por força de uma lei) e pelo poder Executivo puro (regulamento). O *interesse geral* é abstrato, dirigido à toda sociedade, pairando em uma esfera inacessível às queixas individuais. Por conta disso, discussões que envolviam o *interesse geral* nunca poderiam ser discutidas entre particulares, em sede de direito privado⁹⁴;

4) O *interesse especial* surge quando a administração ativa materializa o *interesse geral* através de um ato administrativo, direcionando-o para um ou mais indivíduos;

5) Para o autor, quando o *interesse especial* da administração atinge o *direito privado*, o particular prejudicado deverá insurgir-se através de uma ação administrativa, para que se caracterize o *contencioso administrativo*. Em outras palavras, é necessário que se estabeleça o

⁹¹ Ibidem., p. 25.

⁹² Ibidem., p. 77.

⁹³ Ibidem., p. 82.

⁹⁴ Ibidem., p. 79.

conflito, pois na ausência do litígio, o que se configura é uma reclamação meramente administrativa, não o *contencioso administrativo*⁹⁵.

Em síntese, a fórmula proposta por Chauveau para demarcar as matérias da competência da jurisdição administrativa consistia em verificar se a queixa do particular teria como fundamento a *violação de um direito privado* (direitos propriamente ditos ou direitos adquiridos) por atos da administração ativa (que materializa um *interesse especial emanado de um interesse geral*), configurando, dessa forma, o *contencioso administrativo*. Entretanto, se a irresignação do particular prejudicado for fundada na violação de um *interesse privado* (uma vantagem), não há que se falar em litígio, pois, nesse caso, trata-se de uma reclamação puramente administrativa, cuja solução virá da jurisdição graciosa.

2.4 O CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO NA FRANÇA

O conceito de *contencioso administrativo*, à luz da doutrina administrativista francesa pós-revolucionária, será investigado para que possamos compreender as questões formuladas pelos autores da época, como construíram os seus conceitos e suas intenções. Seleccionamos os doutrinadores franceses que, em suas obras, expressaram seus conceitos sobre as expressões *justiça administrativa* e *contencioso administrativo*. São eles: Adolphe Chauveau, Alexandre François Auguste Vivien, Pradier-Fodéré e Edouard Laférrière. Esta seleção não foi aleatória, pois levamos em consideração dois aspectos:

1) *A atividade profissional*: estes doutrinadores eram homens públicos que, no exercício de cargos estatais ou como operadores do direito, aspiravam no campo intelectual divulgar suas ideias políticas sobre a organização do Estado. Exerciam profissões variadas, como advogados, professores universitários, políticos, estatísticos, funcionários públicos, sendo que alguns acumulavam essas atividades. As atividades profissionais exercidas pelos autores, por ocasião da publicação de suas obras, eram mencionadas nas folhas de rosto de seus respectivos livros. Observamos, ainda, que muitos deles mencionaram no prefácio quais leitores buscaram alcançar, bem como a motivação por ter elaborado o trabalho.

⁹⁵ Ibidem., p. 79.

2) *A data da publicação da obra, bem como a sua edição*: as obras dos doutrinadores franceses foram publicadas no intervalo entre 1841 e 1887, período que abrangeu diferentes fases políticas da França do século XIX. Consideraremos as fases demarcadas pela doutrina francesa em relação aos critérios adotados para identificar os assuntos da competência administrativa: justiça retida (1790-1830); fase de transição (1830-1872) e justiça delegada⁹⁶, iniciada em 1872. Consideraremos também o contexto histórico e político das publicações e as várias rupturas constitucionais sofridas na política francesa, no decorrer do século XIX, desde o final do período do Consulado (1799-1804) até o início da Terceira República (1870-1940).

2.4.1 Conceito de Adolphe Chauveau

Adolphe Chauveau nasceu em 29 de maio de 1802, em Poitiers, cidade a oeste da França, e faleceu em 16 de dezembro de 1868. Trabalhou como advogado em Poitiers e, posteriormente, em Paris, onde advogou no Conselho de Estado e na Corte de Cassação. Chauveau foi também professor e lecionou na Faculdade de Toulouse, chegando a ser Reitor⁹⁷. Nessa época, publicou os três volumes de sua obra *Principes de Compétence de Jurisdiction Administrative* (o primeiro volume, em 1841, o segundo, em 1843, e o terceiro, em 1844). A data dessas publicações coincide com o período de transição entre a justiça retida e a homologável (1830-1872), ou seja, nesta época as decisões em matéria contenciosa do Conselho de Estado necessitavam da assinatura do Chefe de Estado para serem legítimas. Os livros de Chauveau foram publicados no período chamado de Restauração, que vigorou após a Revolução de 1830⁹⁸, quando assumiu o trono o Rei Luis Felipe. Esse período foi marcado

⁹⁶ Como vimos anteriormente, no período da justiça homologável, também conhecida como justiça retida, a validade da decisão administrativa proferida pelo Conselho de Estado dependia da homologação posterior do Chefe de Governo. Na fase da justiça homologável, que se iniciou a partir de 1872, as decisões do Conselho de Estado passaram a prescindir dessa homologação, bastando a assinatura do Vice-Presidente daquele órgão. Entre as duas fases operou-se um período de transição (1830 e 1872) que marca o processo da evolução da justiça retida ou homologável para a justiça delegada.

⁹⁷ Bibliothèque Nationale de France. Disponível em <https://data.bnf.fr/fr/12456154/adolphe_chauveau/>. Acesso em: 07 mar 2019.

⁹⁸ BLOCK, Maurice. **Petit Dictionnaire Politique et Social**. Paris: Librairie Académique Didier Perrin et Cie, 1896, p. 863-866.

pelo retorno dos movimentos liberais, em que a alta burguesia financeira teve grande participação na liderança do país. A Restauração foi finalizada com a Revolução de 1848⁹⁹, quando passou a vigorar a Segunda República.

Como já visto anteriormente, Chauveau desenvolveu uma fórmula cuja aplicação identificaria se o caso era, ou não, um *contencioso administrativo*. A fórmula foi apresentada assim: “o caráter dominante e distintivo do contencioso administrativo ocorre sempre quando um interesse especial que emana do interesse geral, for discutido, em contato com um direito privado”¹⁰⁰.

Na sua concepção, só existia o *contencioso administrativo* quando a administração ativa infringisse *direitos privados* propriamente ditos ou adquiridos. No caso de serem atingidos *interesses privados*, que decorrem de uma vantagem, uma mera concessão permitida pelo administrador, a questão não seria contenciosa, mas de jurisdição graciosa.

No prefácio do seu primeiro volume, Chauveau explica a sua intenção de se posicionar sobre a organização administrativa, ciente de que seus princípios estariam sujeitos a controvérsias¹⁰¹. Na defesa de sua doutrina, o autor teceu críticas a diversos publicistas contemporâneos¹⁰², cujo pensamento a respeito do *contencioso administrativo* poderemos conhecer a partir das observações feitas no segundo volume de sua obra, e que aqui tentaremos sintetizar.

A metodologia adotada por Cormenin¹⁰³, em seu livro *Questions de droit Administratif*, foi contestada por Chauveau. No seu entendimento, Cormenin liminou-se a

⁹⁹ Ibidem., p. 866-871.

¹⁰⁰ Ibidem., p. 77.

¹⁰¹ Ibidem., p. vij.

¹⁰² A maioria dos doutrinadores analisados por Adolphe Chauveau, como Foucart, Firmin Laferrière, Cormenin e Macarel, adotou o método exegético no seu estudo (concepção legalista). “São estudos voltados para a compilação de leis e sua exegese, através de comentários e ordenação de decisões judiciais, como expressão da jurisprudência dos Tribunais Administrativos. O objeto do Direito Administrativo se situava na simples interpretação das leis havidas como administrativas e atos jurídicos complementares em seu desenvolvimento”. MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. Evolução científica do direito administrativo. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 83, p. 1-31, jul. 1966. ISSN 2238-5177. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/27949>>. Acesso em: 24 mar 2019.

¹⁰³ Louis-Marie de Lahaye **Cormenin** (Visconde de, 1788-1868) – variantes do nome: Louis Marie de Cormenin; Louis de Cormenin; Cormenin. Nasceu na França em 06.01.1788 e faleceu em 06.05.1868. Foi jurista

reproduzir relatórios, “prolegônios analíticos”, que seriam resumos de jurisprudência de casos, ao invés de tentar estabelecer regras e princípios do Direito Administrativo. Chauveau alega que a jurisprudência variava conforme o caso, não podendo servir como parâmetro uniforme para organizar princípios. Acrescentou, ainda, que Cormenin não conseguiu expressar em seus relatórios o conceito de *contencioso administrativo* e nem distinguiu a jurisdição contenciosa da graciosa¹⁰⁴.

Pelo mesmo motivo, Chauveau desaprovou a doutrina de Macarel¹⁰⁵, em sua obra *Des Tribunaux Administratifs, ou introduction à l'étude de la jurisprudence administrative*, publicada em 1828, também limitada à análise de jurisprudências do Conselho de Estado. Muito embora Macarel tenha separado a jurisdição graciosa da contenciosa, Chauveau considerou que o autor foi impreciso, por não ter especificado a diferença entre interesse e direito, e nem a natureza do ato administrativo lesivo. Na concepção de Chauveau, o *contencioso administrativo* só poderia existir se houvesse uma reclamação da parte prejudicada, discordando, portanto, de Macarel, que entendia a existência do *contencioso administrativo* a partir de critérios genéricos constantes em um regulamento para identificar o caráter da matéria como graciosa ou contenciosa. Macarel apoiava-se na autoridade de Henrion de Pansey¹⁰⁶, jurisconsulto afinado com o Direito Romano, que se preocupou em definir a diferença entre jurisdição voluntária (*magis imperii quàm jurisdictionis*¹⁰⁷) e

e político, exercendo diversos mandatos como deputado e Conselheiro de Estado. Escritor e polígrafo, recebeu o título de Barão, em 1818, e de Visconde, em 1826. Seu livro *Questions de droit administratif* foi publicado em 1822. Disponível em: <https://data.bnf.fr/en/12548006/louis-marie_de_lahaye_cormenin/>. Acesso em: 07 mar 2019.

¹⁰⁴ CHAUVEAU, Adolphe. **Principes de Compétence et de juridiction**. Tome II. Paris: Cotillon e Durand, 1843, p. 154.

¹⁰⁵ Louis-Antoine **Macarel** nasceu em Orléans, em 20.01.1790 e faleceu em Paris, em 24.03.1851. Foi advogado, professor de Direito Administrativo, Conselheiro de Estado, publicista. Foi um dos fundadores da ciência e ensino de Direito Administrativo na França. Bibliothèque Nationale de France. Disponível em: <https://data.bnf.fr/en/12515533/louis-antoine_macarel/>. Acesso em: 07 mar 2019.

¹⁰⁶ Pierre Paul-Nicolas **Henrion de Pansey**, nasceu em 28.04.1742 e morreu em 23.04.1829. Foi jurista e político francês. Foi também magistrado do Tribunal de Cassação (1800). Bibliothèque Nationale de France: Disponível em: <https://data.bnf.fr/en/12517735/pierre-paul-nicolas_henrion_de_pansey/>. Acesso em: 12 mar 2019.

¹⁰⁷ HENRION DE PANSEY, Pierre Paul-Nicolas. **De l'Autorité Judiciaire dans les Gouvernements Monarchies**. Paris: T. Barrois père, 1810, p. 146.

jurisdição contenciosa, (*magis jurisdictionis quàm imperii*)¹⁰⁸¹⁰⁹, sendo essa a visão abraçada pela Escola de Dijon¹¹⁰.

Ao comentar sobre a doutrina de Sirey¹¹¹, Chauveau mencionou que este autor teria sido um dos primeiros publicistas que estabeleceu princípios para definir a competência administrativa. Destaca alguns pontos levantados por Sirey, em seu livro “*Du Conseil d’État selon la charte constitutionnelle ou notions sur la Justice d’ordene politique et administrative*”, publicado em 1818: 1- a palavra *contencioso* implicaria em uma oposição de pretensões, quando dois indivíduos reivindicam o gozo exclusivo de determinado objeto que ambos alegam ter direito; 2- Também seria concebível a existência do *contencioso*, quando um indivíduo pede, à justiça administrativa, a preservação ou recuperação de seus direitos privados, e os agentes da administração intervêm para se opor a este direito; 3- Não haveria uma disputa, propriamente dita, entre autoridade e um particular, pois a autoridade não disputa, ela ordena e executa. Mas o contencioso só iria formar-se na presença desses requisitos: em primeiro lugar, as medidas tomadas pela administração teriam que causar prejuízo a direitos privados; outro requisito seria a existência de uma reclamação pela parte prejudicada. Além disso, essa reclamação deveria ser indeferida pelo administrador, que manteria a sua ação. Assim, apenas quando atendidos tais requisitos, a denúncia do prejudicado iria constituir um *contencioso administrativo*¹¹².

Entretanto, Chauveau critica Sirey no que compreende ser o contencioso administrativo um ato misto que conjuga um ato da administração (ato principal) e um ato de justiça (ato acessório). No raciocínio de Sirey, o ato principal da administração não formaria a disputa, sendo objeto do litígio apenas o ato acessório da justiça. Chauveau não concordava

¹⁰⁸ Ibidem., p. 144.

¹⁰⁹ CHAUVEAU, Adolphe. **Principes de Compétence et de juridiction**. Tome II. Paris: Cotillon e Durand, 1843, p. 155-156.

¹¹⁰ No século XIX, as Escolas de Direito francesas eram as faculdades de Paris, Dijon, Grenoble, Aix, Toulouse, Poitiers, Rennes e Caen et Strasbourg. MAGNITOT, Albin Le Rat de; DELAMARRE, Huard. **Dictionnaire de Droit Public et Administratif**. Tome Deuxième. Paris: Joubert, 1837, p. 560.

¹¹¹ Jean-Batiste Sirey nasceu em Sarlat-la-Caneda (Dordogne, em 1762, e faleceu em Limoges, em 04.12.1845. Foi advogado e fundador das Coleções de Códigos Anotados Sirey. Bibliothèque Nationale de France: Disponível em: <https://data.bnf.fr/en/12362264/jean-baptiste_sirey/>. Acesso em: 07 mar 2019.

¹¹² CHAUVEAU, Adolphe. **Principes de Compétence et de juridiction**. Tome II. Paris: Cotillon e Durand, 1843, p. 157.

com essa teoria, entendendo que ela não admitia ser a justiça administrativa o juiz da ação administrativa, limitando-se a julgar o mérito dos direitos violados por essa ação sem qualquer censura à atuação do administrador. Para Chauveau, Sirey não colocava o contencioso na reivindicação, o que prejudicaria o próprio direito. Para ele, esta teoria do principal e do acessório, por ser muito abstrata, acabava por desligar, completamente, a justiça administrativa da ação administrativa.

Chauveau acrescentou que, em publicações posteriores, Sirey revisou o seu entendimento ao afirmar que, da mesma forma que a marcha administrativa não deveria ser impedida para atingir os objetivos de utilidade pública ou a execução de lei, também os indivíduos poderiam reclamar, caso os seus direitos resguardados por leis civis, administrativas ou políticas fossem atingidos, sendo-lhes facultado recorrer à justiça, ao Rei, em seu Conselho de Estado, na forma contenciosa. Em outras palavras, Sirey teria admitido que a administração poderia agir como bem entendesse, utilizando-se do poder discricionário para combinar todos os elementos da prosperidade pública, mas deveria também conciliar o interesse privado com o interesse geral, procurando não violar direitos do particular, pois, nesse caso, seria facultado ao cidadão prejudicado o direito de ajuizar ação ou recurso perante a justiça comum ou administrativa, conforme o caso. E se de outro modo fosse, ninguém mais estaria sob o império da lei, mas sob o domínio da arbitrariedade¹¹³.

Chauveau também pontuou aspectos da doutrina de Degerando¹¹⁴, que aqui enumeramos: 1) o *contencioso administrativo* poderia surgir de duas formas: ou pela própria natureza das coisas, ou por disposições expressas em leis. Tal assertiva, segundo Chauveau, poderia gerar certa confusão; 2) Seria necessário preexistir um ato administrativo para configurar o *contencioso administrativo*, cuja origem dar-se-ia após a reclamação do particular prejudicado por este ato; 3) Uma simples operação da administração ativa poderia originar o *contencioso administrativo*, em decorrência do prejuízo sofrido pelo reclamante; 4)

¹¹³ CHAUCHEAU, Adolphe. **Principes de Compétence et de juridiction**. Tome II. Paris: Cotillon e Durand, 1843, Tome II, 1843, p. 158.

¹¹⁴ Joseph-Marie **de Gérando** (Barão de Gérando) nasceu em Lyon, em 29.02.1772 e morreu em Paris, em 10.11.1842. Foi professor de filosofia do Liceu de Paris, membro da Sociedade de Filosofia, membro do Instituto da França. Entre outras obras, escreveu 5 volumes da obra *Institutes du droit administratif Français* (1829-184?) Bibliothèque Nationale de France: Disponível em: <https://data.bnf.fr/en/12156327/joseph-marie_de_gerando/> Acesso em: 07 mar 2019.

Toda a sociedade sempre estaria envolvida no *contencioso administrativo*, pois essa disputa seria uma luta real ou aparente entre o interesse privado e o interesse comum; 5) Para esvaziar o conflito contencioso bastava definir com precisão o interesse privado ou o interesse comum (geral), fazendo desaparecer a aparente oposição entre ele; 6) Finalmente, para Degerando, a controvérsia geradora do *contencioso administrativo* não deveria ser fundada em títulos pertencentes ao direito comum, pois não seria qualquer ato da administração capaz de gerar um conflito desse gênero.

Chauveau teceu críticas ao discurso de Degerando, aduzindo que o jurista não teria definido o que entendia por *interesse*, para que a sua proposição fosse bem compreendida. A ausência de uma melhor conceituação dos termos foi a dificuldade apontada por Chauveau para compreender a proposição de Degerando¹¹⁵.

Chauveau apresentou a doutrina de Foucart¹¹⁶ para depois comentar. Para Chauveau, o *contencioso administrativo* ocorreria quando, excepcionalmente, a razão de Estado submete o julgamento dos atos da autoridade administrativa a uma verdadeira jurisdição, similar a da autoridade judicial, com tribunais de primeira instância, como os conselhos de prefeituras, e um alto tribunal de recursos, como o Conselho de Estado. Foucart utilizou-se de procedimentos que determinavam a forma dos requerimentos, prazos, meios de instrução e os efeitos do julgamento.

Para Foucart, a ação governamental ou da administração pura não ensejaria o *contencioso administrativo* e, nesta hipótese, a impugnação deveria ser feita por meio de uma simples petição ao ministro responsável, que decidiria o caso fazendo uso do seu poder discricionário. Acrescentou que, além dessas duas hipóteses, também existiam situações decorrentes de ações governamentais que, por força da lei ou por entendimento jurisprudencial, os recursos dos particulares deveriam ser interpostos perante o Conselho do

¹¹⁵ CHAUVÉAU, Adolphe. **Principes de Compétence et de juridiction**. Tome II. Paris: Cotillon e Durand, 1843, p. 158-159.

¹¹⁶ Emile-Victor-Masséna **Foucart** nasceu em 24.10.1799 e morreu em 06.08.1860. Foi reitor da Faculdade de Direito de Poitiers, onde lecionou Direito Administrativo, na primeira cadeira nacional provincial. A obra analisada é *Elements de Droit Public et administratif ou exposition méthodique des principes du droit public positif avec L'indication des lois a L'appui*, publicada em 1839. Bibliothèque Nationale de France: Disponível em: <https://data.bnf.fr/en/14423878/emile-victor_foucart/> Acesso em: 08 mar 2019.

Estado, face a importância de sua natureza. Por fim, Focart sugeriu uma regra que, no seu entendimento, terminaria com as dúvidas para caracterizar o *contencioso administrativo*:

em regra, os atos da administração ativa não se sujeitariam à apreciação do Conselho de Estado, sob pena de ser destruída a responsabilidade da administração. Mas quando, excepcionalmente, a administração faz uso do poder discricionário, as dificuldades de sua aplicação nos conflitos entre a administração e particulares poderiam ser sanadas por um regulamento¹¹⁷.

Ao analisar a doutrina de Foucart a respeito do *contencioso administrativo*, Chauveau aduziu que só encontrou incertezas, justificando que o jurista não explicitou o que entendia por “ação governamental ou ação administrativa pura” e não esclareceu se esses atos afetariam interesses ou direitos. Comentou, também, que Foucart não mencionou quais seriam as hipóteses em que “a razão de um estado”, excepcionalmente, submeteria a autoridade administrativa a julgamento, não esclareceu a confusão jurisprudencial do Conselho de Estado a respeito dos conceitos de jurisdição graciosa da contenciosa, não propôs formas para delimitar a jurisdição administrativa da judiciária e, ao final, ainda propôs uma confusa teoria na qual apenas menciona a lesão a um direito adquirido decorrente de um ato administrativo, sem se preocupar com a lesão a um direito primitivo (ou propriamente dito) que, segundo ele, também era geradora de inúmeros litígios administrativos¹¹⁸.

Outro autor debatido por Chauveau foi Firmin Laferrière¹¹⁹, que não deve ser confundido com o seu filho Edouard Laferrière, que falaremos adiante. Na segunda edição do seu livro *Cours de Droit Public et administrative*, Firmin Laferrière procurou estabelecer princípios gerais do Direito Administrativo, afirmando que, antes de se questionar quais seriam as matérias contenciosas para definir o que consistia o *contencioso administrativo*, era preciso em primeiro lugar perguntar qual seria a competência da jurisdição administrativa por sua própria natureza para, depois, estabelecer os sólidos princípios dessa competência. Para F.

¹¹⁷ CHAUEAU, Adolphe. **Principes de Compétence et de juridiction**. Tome II. Paris: Cotillon e Durand, 1843, p. 162.

¹¹⁸ Ibidem., p. 163.

¹¹⁹ **Firmin Laferrière** nasceu em 03.11.1798 e morreu em 14.02.1861. Foi professor de Direito Administrativo da Faculdade de Rennes, Jurisconsulto e Inspetor das Escolas de Direito. É pai do Jurista Edouard Laferrière. A obra analisada é *Cours Droit Public et Administratif*. Bibliothèque Nationale de France: Disponível em: <https://data.bnf.fr/en/12327334/firmin_laferriere/>. Acesso em: 08 mar 2019.

Laferrière, com exceção das questões relacionadas aos direitos constitucional, civil e penal, todas as discussões em que um ato administrativo ferisse direitos adquiridos dos administrados ensejaria o *contencioso administrativo*. Na linha desse raciocínio, F. Laferrière atrelou a configuração do *contencioso administrativo* a três pressupostos: 1) à existência de um ato da autoridade administrativa; 2) a existência de um interesse privado fundado em um direito adquirido e; 3) a um litígio que não envolvesse questões de direito constitucional, civil ou penal.

Ao analisar a doutrina de Firmin Laferrière, Chauveau apontou omissão a respeito da diferença entre jurisdição contenciosa e graciosa. Além disso, teria deixado de abordar os conceitos de direito adquirido e direito propriamente dito e não explicitou o que entendia por medidas de ordem pública e sobre os limites do poder executivo¹²⁰.

Chauveau comentou a teoria sobre o *contencioso administrativo* desenvolvida por Proudhon, no livro *Traité du Domaine Public*, resumindo a visão do autor nas seguintes assertivas : 1) em linhas gerais, o termo contencioso abrange tudo o que seria objeto de contentação; 2) quando a administração, investida constitucionalmente no poder de império, profere uma ordem, o particular prejudicado não pode insurgir-se contra ela; 3) quando o ato administrativo, por sua legalidade, estiver submetido a condições fundadas sobre direitos ou direitos adquiridos, os particulares prejudicados em seus direitos estariam autorizados a agir a violação através de uma contestação legítima, em virtude da natureza contenciosa da matéria¹²¹.

Portanto, para Proudhon, o *contencioso administrativo* nascia da lesão sofrida pelo particular decorrente de alguma operação ordenada pela administração, surgindo daí um interesse que o permitia opor uma reclamação ao Tribunal. A dificuldade residia em distinguir que atos e interesses não permitiriam a sujeição da administração a um julgamento. Segundo Proudhon, para superar essa dificuldade seria necessário reportar-se ao princípio constitucional da competência do poder Executivo: quando o poder Executivo dirigia questões puramente administrativas, vislumbrando o que seria vantajoso para a coletividade, o interesse

¹²⁰ CHAUEAU, Adolphe. **Principes de Compétence et de juridiction**. Tome II. Paris: Cotillon e Durand, 1843, p. 164-165.

¹²¹ Ibidem., p. 166.

privado deveria ceder ao interesse geral. Nesse caso, inexistia o litígio, não podendo a administração pública ser submetida a julgamento. Acrescentou, entretanto, que apesar da onipotência da administração nos assuntos do Império, ela era obrigada a cumprir os compromissos que teria contratado. Ao causar danos a direitos ou direitos adquiridos de terceiros, estes poderiam reivindicar uma indenização e isso envolveria, necessariamente, o *contencioso administrativo*¹²².

Comentou Chauveau que, apesar de Proudhon entender a ocorrência do *contencioso administrativo* mediante a violação de um direito ou direito adquirido, o autor teria sido omissos em relação aos seguintes pontos: 1) sobre os limites da prática de atos administrativos de império, aos quais encontra-se a administração autorizada; 2) se a violação de um interesse simples (vantagem obtida pelo indivíduo) seria, ou não, suficiente para permitir a reclamação diante da jurisdição contenciosa; 3) se a decisão de um tribunal poderia ter força de lei administrativa; 4) qual seria a direção normativa de todas as matérias puramente administrativas, em relação aos direitos e direitos adquiridos; 5) se a onipotência da administração se aplicaria aos contratos firmados entre ela e os particulares ou diante de uma expropriação¹²³.

Por fim, Chauveau analisou a doutrina de Serrigny¹²⁴ sobre a jurisdição administrativa e o *contencioso administrativo*, apresentada no livro *Questions et Traités de Droit Administratif*, publicado em 1854. Serrigny, professor de Direito administrativo da Faculdade de Dijon, seguia a linha de Henrion de Pansey e de Macarel, aplicando expressões do direito romano nas definições de direito administrativo¹²⁵.

Segundo Chauveau, Serrigny procurou demonstrar que os atos da administração pública na França teriam uma dupla natureza, e teceu uma analogia com preceitos que os

¹²² Ibidem., p. 167.

¹²³ Ibidem., p. 167-168.

¹²⁴ Denis **Serrigny** nasceu em 08.01.1800, em Savigny-sous-Beaune, e morreu em 19.10.1876, em Dijon. Foi jurista, advogado e professor da Faculdade de Dijon. Comité des travaux historiques et scientifiques: Institut rattaché à L'École nationale des Chartes. Disponível em: <<http://cths.fr/an/savant.php?id=115283>>. Acesso em: 20 mar 2019.

¹²⁵ CHAUEAU, Adolphe. **Principes de Compétence et de juridiction**. Tome II. Paris: Cotillon e Durand, 1843, p. 168.

magistrados municipais aplicavam às cidades romanas (*Ea quae magis imperii sunt quàm jurisdictionis, magistratus municipalis facere potest*). Assim, Serrigny classificou os atos administrativos como atos *magis imperii quàm jurisdictionis*, que pertenceriam a administração ativa, e atos que seriam *magis jurisdictionis quàm imperii*, que ensejariam o *contencioso administrativo*, sendo estas expressões latinas retiradas do Código do Imperador Justiniano. Na teoria de Serrigny, a administração intervém com atos de *imperium merum*, quando executa regulamentos e leis, que devem ser obedecidas pelo cidadão. E quando a administração intervém com atos de *imperium mixto cui inest jurisdictio*, estaria ela exercendo o poder de julgar reivindicações levantadas por interesses conflitantes, após o debate contraditório, pertencendo estes atos ao *contencioso administrativo*¹²⁶.

Chauveau criticou essa teoria de Serrigny, por entender inadequado o uso de linguagem do direito romano no direito administrativo, produzindo interpretações errôneas na teoria da separação dos poderes e ao conceito de jurisdição administrativa. Segundo Chauveau, a expressão *imperium mixtum*, usada pelos jurisconsultos romanos, só teria sentido quando usada em institutos jurídicos do direito privado e do poder Judiciário, sendo inaceitável atribuir o mesmo conceito no âmbito do direito administrativo e da justiça administrativa. Afirmou, ainda, que a principal dificuldade a ser superada para conceituar o *contencioso administrativo* era a de conseguir delimitar o que seria poder gracioso e contencioso. Aduziu que Sarrigny teria partido de um ponto incerto, com soluções mais jurisprudenciais do que doutrinárias, sem desenvolver os conceitos de interesse e direito, necessários para compreender o *contencioso administrativo* e seus limites.

Como já vimos, Chauveau havia desenvolvido uma fórmula para identificar o que seria o *contencioso administrativo* “o caráter dominante e distintivo do contencioso administrativo ocorre sempre quando um interesse especial que emana do interesse geral, for discutido, em contato com um direito privado”, e partiu dessa premissa para analisar e criticar os doutrinadores de sua geração, que traziam soluções e argumentos a respeito desse tema. Este debate revela os desafios enfrentados pelos primeiros juristas franceses, que buscavam estabelecer as balizas doutrinárias iniciais do Direito Administrativo para alçá-lo como uma disciplina própria do Estado de Direito. Para tanto, era necessário traçar os contornos jurídicos

¹²⁶ Ibidem., p. 169.

do contencioso administrativo e da justiça administrativa, que asseguraria o direito dos particulares frente ao poder público.

A análise expôs os desafios de um período em que os autores, ao expressarem suas ideias, utilizavam, cada um à sua maneira, diferentes definições, conceitos, linguagens e vocabulários. Observando tal dificuldade, Chauveau pontuou a necessidade de adotar uma linguagem uniforme para o Direito Administrativo, estabelecendo a definição clara de conceitos básicos, como o de interesse público, interesse geral, interesse privado, jurisdição administrativa, jurisdição judicial, administração ativa, poder discricionário, direito primitivo, direito adquirido¹²⁷.

2.4.2 Conceito de Alexandre François Auguste Vivien

Alexandre François Auguste Vivien¹²⁸ nasceu em 3 de julho de 1799, em Paris, e faleceu em 7 de junho de 1854, com 54 anos. Formou-se em advocacia, em 1820, atuou em Amiens e depois em Paris. No período da Monarquia de julho (1830-1848), ocupou vários cargos políticos¹²⁹. Apesar de não ter apoiado a Revolução de fevereiro de 1848, Vivien foi eleito deputado em abril daquele ano e participou da Assembleia Constituinte, desempenhando um papel conservador. Na Segunda República (1848-1852), foi Ministro de Obras Públicas (outubro a dezembro de 1848) e, posteriormente, nomeado Presidente da Seção de Legislação do Conselho de Estado (1849), aposentando-se da vida pública em dezembro de 1951¹³⁰.

¹²⁷ Ibidem., p. 171.

¹²⁸ Variação do nome: Alexandre-Auguste Vivien; Alexandre François Auguste Vivien de Goubert (1799-1854). Bibliothèque Nationale de France: Disponível em: <https://data.bnf.fr/fr/12291462/auguste_vivien/> Acesso em: 23 mar 2019.

¹²⁹ **Vivien** foi Procurador Geral da Corte de Amiens (agosto de 1830), Prefeito da Polícia (fevereiro a setembro de 1831), elegeu-se deputado da oposição de centro-esquerda (fevereiro de 1833), presidiu a Comissão de Legislação (outubro de 1839), foi Ministro da Justiça (março a outubro de 1840), foi Presidente do comitê legislativo do Conselho de Estado (dezembro de 1843), ingressou na Academia de Ciências Morais e políticas (dezembro de 1845). Société Française d'Histoire de la police: Disponível em: <<http://www.sfhp.fr/index.php?post/2009/03/03/Notice-biographique-Alexandre-Vivien-de-Goubert>>. Acesso em: 23 mar 2019.

¹³⁰ Assemblée Nationale (Dictionnaire des Parlementaires français de 1789 a 1889). Disponível em: <http://www2.assemblee-nationale.fr/sycomore/fiche/%28num_dept%29/9369>. Acesso em: 23 mar 2019.

A primeira edição do seu livro *Etudes Administratives*, publicado em dois volumes, é de 1846, ou seja, no período da Monarquia da Julho (1830-1848), época em que atuava como membro da Câmara dos Deputados. Publicou a segunda edição em 1852, quando, já aposentado, fazia parte do Instituto de Ciências Morais e Políticas. A data da publicação da segunda edição coincide com outro contexto político da França, ou seja, com o início do Segundo Império francês (1852-1870), que sucedeu a Segunda República (1848-1852), sendo que essas duas edições foram publicadas no período de transição entre a justiça retida e a homologável (1830-1872).

No prefácio da primeira edição, Vivien menciona que sua intenção era de difundir, para o público em geral, como se operava o funcionamento da administração pública francesa, formulando princípios e apresentando outros autores que, como ele, discutiam este tema. No seu argumento, quanto mais a administração do seu país fosse estudada e compreendida, maior seria o reconhecimento das qualidades daquele modelo e mais facilmente seriam superadas e corrigidas as suas imperfeições¹³¹.

No prefácio da 2ª edição, Vivien reafirmou a importância de dar publicidade às características peculiares da administração da França, aos seus elementos constitutivos e aos serviços que realizava, para bem direcionar as reformas que viriam com a restauração da Monarquia¹³². Comentou, entretanto, não acreditar que as mudanças anunciadas fossem alterar o sistema administrativo e nem modificar opiniões já manifestadas na 1ª edição do seu livro, ainda que a 2ª edição da obra encerrasse o resultado de 20 anos de trabalho no parlamento. Acrescentou, ainda, que não se tratava de um livro político e nem partidário e que preservava a liberdade aliada à ordem contida pela regra¹³³.

O conceito de *contencioso administrativo* formulado por Vivien, na primeira edição de 1845, não sofreu alterações na edição de 1852, tendo se manifestado da seguinte forma:

¹³¹ VIVIEN, Alexandre François Auguste. **Etudes Administratives**. Paris: Guillaumen, 2v., 1ª ed., 1846, p. x (prefácio).

¹³² Ibidem., 2ª ed., 1852, p. xiii (prefácio).

¹³³ Ibidem., p. xiv (prefácio).

o contencioso administrativo é composto de todas as reclamações baseadas na violação das obrigações impostas à administração pelas leis que as regem ou pelos contratos que ela subscreve. Assim, qualquer lei que estabelece uma competência, que estabelece uma forma de instrução ou uma regra de decisão pode dar origem a um contencioso administrativo, se for alegado que a competência foi invertida, que a forma não foi observada ou a regra violada. Qualquer contrato celebrado pela administração tem o mesmo efeito, se o objeto ou a execução forem contestados. Esse conjunto de debate formam o contencioso da administração. Ele se compõe de uma forma de contestação naturalmente particular que se distingue do contencioso judiciário e da administração pura¹³⁴.

Como podemos depreender, ao conceituar o *contencioso administrativo*, Vivien menciona a preexistência de uma lei ou um contrato com obrigações específicas, ou seja: 1) uma lei que impõe uma competência, ou uma formalidade a ser seguida, ou uma regra (um comando); 2) um contrato firmado entre a administração e o particular, com um objeto contratado que deverá ser executado.

Na concepção deste autor, o *contencioso administrativo* dar-se-ia com a reclamação apresentada pelos particulares prejudicados pela violação dessas obrigações. Estas contestações, entretanto, teriam características específicas, distinguindo as contestações que formavam o contencioso judiciário das reclamações puramente administrativas que seriam da competência da jurisdição graciosa.

Cabe aqui colocarmos a seguinte questão: a partir da definição proposta por Vivien, como seria possível identificar a especificidade da contestação que daria origem ao *contencioso administrativo*?

De acordo com Vivien, o domínio do *contencioso administrativo* era imenso, abrangendo múltiplos assuntos e ações por parte da administração. Segundo ele, as leis que disciplinavam o poder administrativo não poderiam ser aplicadas na esfera do contencioso judicial e da regulação discricionária de meros interesses¹³⁵. Afirmou que apesar dos esforços dos doutrinadores franceses de tentar elaborar uma nomenclatura de casos contenciosos, este seria um trabalho praticamente impossível. Para Vivien, era em vão tomar cada lei administrativa, buscar em cada uma delas as disposições que conferiam direitos aos cidadãos e atribuir a competência da matéria ali tratada à jurisdição administrativa e, mesmo que se

¹³⁴ Ibidem., 2v., 1ª ed. 1846, p. 284. Ver também: VIVIEN (1852, p. 252).

¹³⁵ Ibidem., 1852, p. 121-122.

conseguisse tal façanha, os resultados seriam incompletos¹³⁶. Para o jurista, a verdadeira definição do *contencioso administrativo* só poderia ser encontrada na jurisprudência do Conselho de Estado, pois no seu entendimento, ali se reuniriam todos os elementos para identificá-lo. Argumentou que, exceptuando-se as hipóteses de *desclassificações* (leis excepcionais que, expressamente, deslocavam para a competência administrativa matérias do direito comum, ou deslocavam para a competência judicial matérias administrativas), o Conselho de Estado nunca teria admitido um recurso cujo pedido não fosse baseado em um direito de ordem administrativa¹³⁷.

Na concepção de Vivien, o Estado não poderia ser considerado como parte, no sentido usual da palavra, nas disputas inseridas no *contencioso administrativo*. No seu argumento, o principal objetivo da ação do poder público era a conservação da ordem social, e não o de agir como dono de seus domínios. Justificou, entretanto, que o poder público, assim chamado de Administração, também não poderia estar acima da lei, devendo a ela curvar-se, comportando-se, da mesma forma, em relação aos contratos que firmou. Essas leis e contratos teriam o objetivo de restringir ou regulamentar a ação da administração, de introduzir salvaguardas e precauções contra os seus abusos e erros¹³⁸.

Podemos perceber que a maior dificuldade levantada por Vivien na formulação do seu conceito de *contencioso administrativo*, seria a identificação das matérias administrativas, relacionando-as à aplicação de leis ou de contratos. É de se ver que o autor adota uma diretriz legalista, que vemos manifestada na sua preocupação de discutir o conteúdo de leis e dos contratos.

Vivien insere-se entre os tratadistas franceses que adotaram o método exegético nos seus estudos (concepção legalista), que procuravam sistematizar a exposição das leis administrativas e os institutos por eles considerados, emprestando-lhes o significado que lhes parecia mais acertado. Os legalistas socorriam-se da jurisprudência, ainda em estágio embrionário naquela época, apreciando os seus textos. A doutrina que estes tratadistas defendiam sobre a organização da administração pública era balizada em estudos da

¹³⁶ Ibidem., p.125.

¹³⁷ Ibidem., p. 286.

¹³⁸ Ibidem., p. 295-296.

legislação que regulavam os órgãos do poder Executivo, incluindo nessa análise o exame das matérias administrativas e as demais normas pertinentes às relações do Estado com os particulares¹³⁹.

2.4.3 O Conceito de Pradier-Fodéré

Paul Pradier-Fodéré¹⁴⁰ nasceu em 11.07.1827, em Estrasburgo, e faleceu em 28.06.1904, em Saint-Étienne. Estudou Direito na cidade natal e se estabeleceu como advogado, em Paris. Entre 1857 a 1874 foi professor de Direito Público no Colégio Armenio Moorat, em Paris. Em 1874 viajou à convite para o Peru, para fundar e lecionar na Faculdade de Ciências Administrativas e Políticas da Universidade de Lima. Apenas retornou à França em 1880, para assumir o cargo de juiz do Tribunal de Apelação em Lyon. Ainda no Peru, em 1879, ingressou no Instituto de Direito Internacional e, após o retorno ao seu país, publicou entre 1885 e 1906, a sua obra mais notável, um ensaio de oito volumes chamado *Traité de droit international public européen et américain*¹⁴¹. Mas o trabalho deste autor na área do Direito Administrativo, e que aqui estudaremos, é a sétima edição do seu livro *Precis de Droit Administratif*, publicado em 1872, cuja primeira edição é de 1853.

Logo no prefácio da obra analisada, Pradier-Fodéré explicou que preferiu adiar a sétima edição de seu livro em virtude das incertezas a respeito do futuro da administração francesa, decorrentes da Guerra Franco-Prussiana, que eclodiu em 1870 e durou até a derrota da Comuna de Paris, em 1871. A reedição do seu livro foi publicada no início da Terceira República francesa (1870-1940), ainda sob o efeito dos combates que marcaram o fim do Segundo Império, com a deposição do Imperador Napoleão III¹⁴². Em decorrência de tais

¹³⁹ MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. Evolução científica do direito administrativo. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 83, p. 3, jul. 1966. ISSN 2238-5177. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/27949>>. Acesso em: 26 mar 2019.

¹⁴⁰ Variação do nome: Poul-Luis-Ernest Pradier Fodéré: Bibliothèque Nationale de France: Disponível em: <https://data.bnf.fr/en/12156207/paul_pradier-fodere/>. Acesso em: 27 mar 2019.

¹⁴¹ Elliott, E. G. M. Pradier-Fodéré. **The American Political Science Review**, vol. 2, no. 2, 1908, p. 245–254. Disponível em: <www.jstor.org/stable/1944776>. Acesso em: 27 mar 2019

¹⁴² FODÉRE, Pradier. **Precis de Droit Administratif**. Septième Édition. Paris: Guillaumin/A. Durand et Pédone Lauriel, 1872, p. v (prefácio)

vicissitudes, Pradier Fodéré explicou, logo na introdução do seu livro, que em algumas passagens referia-se ao Imperador e, em outras, ao Presidente da República, mas assinalou que a mudança de regime não alterou os seus posicionamentos teóricos sobre o Direito Administrativo, ainda que tenha publicado antes da Constituição do regime republicano. Ele estava convencido de que os abusos praticados pela administração, bem como os princípios que regiam o Direito Administrativo, não se alterariam com a mudança dos regimes de governo, seja Império, Monarquia ou República.¹⁴³ Além de mostrar sua preocupação com a grande produção legislativa do período monárquico, que considerava imprudente, o jurista reafirmou a sua intenção de popularizar a ciência administrativa para formar “administradores esclarecidos, magistrados vigilantes, cidadãos sujeitos às leis de seu país; e também fazer a França amar esta terra de grandes e férteis instituições”¹⁴⁴, repetindo as palavras que constam na primeira edição de seu livro, em 1853.

Na concepção de Pradier Fodéré, a organização da jurisdição administrativa surgiu em decorrência de sucessivas necessidades sociais, e que dela não poderia se esperar a mesma regularidade da jurisdição comum¹⁴⁵. Na linha deste raciocínio, formulou o conceito de *contencioso administrativo* nos seguintes termos:

A Administração Contenciosa é aquela que julga assuntos de interesse privado que estão ligados à ação da administração ativa. O contencioso administrativo consiste em todas as reivindicações fundadas na violação das obrigações impostas à administração pelas leis e regulamentos que o regem, ou pelos contratos que ele assina. Surge do exercício do poder executivo que afeta um direito adquirido. Se o ato administrativo apenas violasse os interesses, as reclamações puramente administrativas não se enquadrariam na jurisdição contenciosa¹⁴⁶.

Podemos observar que Pradier Fodéré identificou o *contencioso administrativo* pelas matérias, desde que fossem da competência dos tribunais administrativos. O autor dividiu esses assuntos em duas classes. A primeira classe incluía as matérias que, por força de uma lei ou de um contrato, fossem submetidas à jurisdição contenciosa administrativa. Neste foram

¹⁴³ Idem., p. vi (prefácio).

¹⁴⁴ Ibidem., p. viii (prefácio).

¹⁴⁵ Ibidem., p. 679.

¹⁴⁶ Ibidem., p. 35-36.

inseridos os casos que, por sua natureza, pertenceriam à autoridade judicial, mas que, por força de leis excepcionais (desclassificações), foram incluídos na jurisdição contenciosa¹⁴⁷.

A outra classe seria dos assuntos, que pela sua natureza, eram enquadrados na própria jurisdição administrativa, independentemente de existir ou não uma disposição legal nesse sentido. Entretanto, para identificar esses assuntos, Pradier Fodéré apontou duas condições: 1) a disputa deveria ser suscitada por um ato administrativo propriamente dito; e 2) a reclamação dirigida contra este ato deveria fundar-se em um *direito adquirido* que foi violado (e não em um *simples interesse* violado pois, se assim fosse, a jurisdição seria graciosa).¹⁴⁸ Para o autor, o direito adquirido decorria da violação de uma obrigação legal que a administração deveria cumprir¹⁴⁹.

Segundo Pradier Fodéré, o *contencioso administrativo* abarcaria somente os litígios decorrentes de um direito resultante das leis que regem a administração ou dos contratos por ela celebrados com particulares, estando excluídos desse conceito os atos políticos, as medidas diplomáticas, os atos do governo, as questões judiciais ou puramente administrativas e os atos legislativos¹⁵⁰.

O método de Pradier Fodéré inspirou a primeira obra de Direito Administrativo brasileira, publicada no período Imperial, em 1857, de autoria do Dr. Vicente Pereira Rego, professor da Faculdade de Direito de Recife, que estudaremos no próximo capítulo¹⁵¹.

2.4.4 Conceito de Edouard Laferrière

Édouard Laferrière nasceu em 26.08.1841, em Angoulême, e morreu em 02.07.1910, em Boubonne-les-bains. Era filho de Firmin Laférière, jurisconsulto e professor de direito

¹⁴⁷ Ibidem., p 676.

¹⁴⁸ Idem.

¹⁴⁹ Idem.

¹⁵⁰ Idem.

¹⁵¹ REGO, Vicente Pereira. **Direito Administrativo Brasileiro comparado com o Direito Administrativo Francês, segundo o método de Pradier-Fodéré**. Tomo I e II, 1ª ed., Recife: Typografia Universal, 1857.

administrativo na Faculdade de Paris. Em 1864, iniciou sua carreira de advogado na capital francesa e durante o Segundo Império francês (1848-1852) foi jornalista e opositor liberal do regime autoritário de Napoleão III. Com a queda da monarquia, já na Terceira República (1870-1914), foi nomeado mestre de petições do governo na comissão provisória do Conselho de Estado, em 1870, onde ingressou como Ministro, em maio de 1872. Em 1879, foi nomeado Presidente da Seção do Contencioso, época em que exerceu grande influência na jurisprudência administrativa. Em 1883, inaugurou o curso de Doutorado em Jurisdição Administrativa e Contenciosa, na Faculdade de Direito, em Paris, e no ano seguinte escreveu o seu livro *Traité de la Juridiction Administrative et des Recours Contentieux*, só publicado 4 anos mais tarde, em 1887, na ocasião em que exercia o cargo de vice-presidente do Conselho de Estado. Ele havia sido nomeado para aquela Corte, em meados de 1886, e ali permaneceu até julho de 1898, para assumir o cargo de Governador Geral da Argélia, que ocupou por dois anos. Em 1900, já doente, retorna à França para assumir o cargo de Procurador Geral do Tribunal de Cassação, mas veio a falecer 6 meses depois. Édouard Laférrière junta-se à linha de magistrados-professores e entrou para o Conselho de Estado no momento em que a instituição passou a ser reconhecida como um tribunal jurisdicional, ou seja, após a lei de 24 de maio de 1872 que consagrou o sistema de justiça delegada (*justice déléguée*), permitindo ao vice-presidente do Conselho de Estado assinar os acórdãos do órgão, sem a necessidade de homologação pelo governante. A grande maioria dos administrativistas franceses o reconhece como o fundador do direito administrativo moderno¹⁵².

No prefácio do seu livro *Traité de la Juridiction Administrative et des Recours Contentieux*, Édouard Laferrière demonstrou sua intenção de preencher as lacunas do Direito Administrativo, minimizando as dificuldades daqueles que desconheciam o funcionamento da jurisdição administrativa. Desejava unir esforços com os que ensinavam a disciplina e com aqueles que teriam a missão de aplicá-la, ou seja, os professores das faculdades de Direito, Conselheiros de Estado e advogados¹⁵³.

¹⁵² Conseil d'État: Disponível em: <<http://www.conseil-etat.fr/Conseil-d-Etat/Histoire-Patrimoine/Histoire-d-une-institution/Ses-grandes-figures/Edouard-Laferriere>>. Acesso em: 29 mar 2019.

¹⁵³ LAFERRIÈRE, Edouard. **Traité de la Juridiction Administrative et des Recours Contentieux**. Tome Premier. Paris: Berger Levrault, 1887, p. vi (prefácio).

Segundo Édouard Laferrière, a grande dificuldade para compreender o Direito Administrativo residia, principalmente, no modo como a doutrina havia sido formada, em função das diferenças entre as suas fontes, seus métodos e entre os demais ramos do direito. Compreendia que o Direito Administrativo dificilmente poderia ser codificado como o direito civil, penal e comercial, pois a razão de existência das leis administrativas seria a organização do Estado para garantir a marcha dos serviços públicos, e tais ações não poderiam estar confinadas em fórmulas rígidas de textos legislativos.

Acrescentou que, enquanto no direito codificado aplicava-se a metodologia da exegese dos textos, tendo a jurisprudência como uma fonte auxiliar, no direito administrativo a lógica seria oposta, diante da abundância dos textos e diversidade de suas origens. Para o jurista, a verdadeira fonte do direito administrativo era a jurisprudência, de onde emanariam seus princípios gerais. Argumenta que, por este motivo, a Lei de 24 de maio de 1872 conferiu ao Conselho de Estado uma delegação mais ampla para definir a sua jurisprudência e as regras de direito aplicáveis ao *contencioso administrativo*¹⁵⁴.

Além da importância da jurisprudência do Conselho de Estado para demarcar o campo do *contencioso administrativo*, Édouard Laferrière também mencionou a jurisprudência do Tribunal de Conflitos, criado em 1872, órgão responsável pela aplicação do princípio da separação de poderes e para resolver as dificuldades jurisdicionais entre as autoridades administrativas e judicial. Com a ajuda da jurisprudência, o jurista organizou e sintetizou, em sua obra, os princípios do *contencioso administrativo* e os diferenciou dos princípios do direito privado, com o objetivo de proporcionar garantias legais aos indivíduos, cujos direitos estariam em confronto com os da administração pública¹⁵⁵.

Na página virtual do Conselho de Estado Francês consta que a obra *Traité de la Jurisdiction Administrative et des Recours Contentieux*, reeditada em 1989, é considerada a fundadora do Direito Administrativo moderno, por ter sido a primeira que reuniu os princípios jurídicos dessa disciplina, agrupados em duas noções primordiais: a jurisdição administrativa e os recursos contenciosos. Este trabalho, durante mais de meio século, foi considerado uma referência nos estudos do *contencioso administrativo*, pois permitiu o desenvolvimento da lei

¹⁵⁴ Ibidem., p. vii (prefácio).

¹⁵⁵ Ibidem., p. viii-ix (prefácio).

administrativa, e “o equilíbrio entre a administração e administrados, limitando excessos, controlando concessão dos privilégios e prerrogativas necessários ao seu exercício”, o que favoreceu a República francesa fincar suas raízes¹⁵⁶.

Édouard Laferrière fazia parte do grupo de administrativistas que adotaram o método técnico-jurídico, que consistia na criação, através de construção doutrinária, de teorias gerais do direito administrativo e de seus institutos jurídicos, procurando delimitar o seu campo de discussão, especificar a natureza jurídica das instituições e sistematizar os direitos e obrigações regidos pelas leis administrativas.

A nota característica de sua obra foi a de iniciar esse movimento especulativo, que procurava dar um aspecto teórico às soluções que o Conselho de Estado oferecia aos casos práticos, buscando ideias gerais que defluíam de sua jurisprudência e as explicando à luz de princípios que procurou ordenar metodicamente. Dessa forma, a doutrina de Édouard Laferrière veio substituir a antiga orientação dominante de compilação de textos e exposições, algumas vezes incoerentes, por um sistema doutrinário científico. De início, o jurista delineou três temas fundamentais do direito administrativo francês: 1) a distinção dos atos de império e de gestão; 2) a afirmação da responsabilidade do Estado, quanto aos atos de gestão; e 3) a independência dos tribunais administrativos perante a administração ativa¹⁵⁷.

Édouard Laferrière observou que todas as leis editadas desde o início do século XIX, sobre a organização e as atribuições da jurisdição administrativa na França, traziam termos diferentes para expressar a mesma ideia (*matérias contenciosas; questões administrativas contenciosas; contencioso da administração, contencioso administrativo*), mas no bojo de seus textos não foram definidos os tipos de litígios incluídos nestas denominações genéricas. Arguiu, inclusive, que nos debates parlamentares sobre o projeto da lei Orgânica do Conselho de Estado, de 19 de julho de 1845, o legislador negou-se a propor um conceito de *contencioso administrativo*, deixando essa solução para o juiz administrativo, na análise dos casos

¹⁵⁶ Conseil d'État: Disponível em: <<http://www.conseil-etat.fr/Conseil-d-Etat/Histoire-Patrimoine/Histoire-d-une-institution/Ses-grandes-figures/Edouard-Laferriere>>. Acesso em: 29 mar 2019.

¹⁵⁷ MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. Evolução científica do direito administrativo. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 83, 11 jul. 1966, p. 114. ISSN 2238-5177. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/27949>>. Acesso em: 29 mar 2019.

concretos¹⁵⁸. Também não deixou de mencionar a existência de vários casos contenciosos que escapavam à competência judicial por força de disposições legislativas (desclassificações). Assim, diante da inexistência de uma definição legal do *contencioso administrativo*, Édouard Laferrière propôs uma definição doutrinária que resumia, segundo ele, os elementos essenciais do conceito:

O contencioso administrativo inclui todas as reivindicações fundadas em um direito ou na lei, e cujo objeto é, ou um ato de autoridade pública, da autoridade administrativa, ou um ato de gestão do serviço público, referido na jurisdição administrativa por disposições de lei geral ou especial¹⁵⁹.

Podemos observar nesta definição de *contencioso administrativo* formulado por Édouard Laferrière, que a resistência ao ato de gestão ou a um ato de império deveria ser fundada sobre um direito que a administração desconsiderou, ou sobre um erro de fato ou de legalidade que ela teria cometido nas suas relações com o particular, o que resultaria em violação ou má aplicação da lei ou dos direitos. No momento em que a parte prejudicada exige o seu direito, opondo-se ao direito invocado pela administração, o *contencioso administrativo* surgiria desse choque de pretensões. Ressaltou o jurista que o caminho não seria buscar categorias de matérias administrativas de natureza contenciosa em sentido estrito, pois o debate contencioso estaria sempre presente quando se questiona a legalidade ou conflito de direito¹⁶⁰.

Para Édouard Laferrière, quando um tribunal judicial invadissem a competência da jurisdição administrativa, proferindo decisão, esse julgado não seria apenas ilegal, mas inconstitucional e, portanto, nulo. Essa decisão poderia surtir efeito para a administração por ser patente a violação ao princípio da separação de poderes e das regras fundamentais do direito público francês¹⁶¹. O *contencioso administrativo*, visto de forma geral, seria o conjunto de todas as disputas legais resultantes da ação administrativa, e não uma criação artificial da

¹⁵⁸ LAFERRIÈRE, Edouard. **Traité de la Jurisdiction Administrative et des Recours Contentieux**. Tome Premier. Paris: Berger Levrault, 1887, p.3.

¹⁵⁹ Idem., p. 8.

¹⁶⁰ Ibidem., p. 6.

¹⁶¹ Ibidem., p. 9-10.

legislação francesa ou estrangeira. Segundo o jurista, em todos os países, cuja administração estivesse submetida a um regime de leis, o *contencioso administrativo* seria passível de ocorrer, na medida em que ele surge da discordância entre a administração e os cidadãos. No seu entendimento, o que diferenciava o *contencioso administrativo* do *contencioso judicial* não seria uma certa “natureza administrativa própria” do primeiro e esse critério não poderia ser usado para aferir a competência dos tribunais administrativos e dos tribunais judiciais. Nessa linha de raciocínio, Édouard Laferrière afirmou que o sistema de legislação francesa repousaria em três ideias: 1) na proibição aos tribunais judiciais de conhecer atos de administração; 2) na instituição de tribunais administrativos e 3) no direito da administração reivindicar, através do conflito, as matérias administrativas que seriam injustamente levadas aos tribunais comuns¹⁶².

Para o autor, a proibição dos tribunais comuns julgarem os atos da administração seria decorrente de uma tradição que surgiu após a Revolução de 1789 e que percorreu vários regimes políticos que se sucederam na França, para estabelecer a centralização governamental e administrativa e, assim, garantir a independência das administrações públicas em relação aos corpos judiciários. Os tribunais administrativos, por sua vez, teriam uma dupla atividade: ao decidirem matérias do *contencioso administrativo*, estariam atuando como juiz; e agiriam como um administrador superior quando corrigissem erros ou ilegalidades cometidas pela administração.

Segundo definição de Édouard Laferrière, a competência de um tribunal comum ou administrativo, diante de questões contenciosas administrativas, eram as tradições e as condições gerais da organização administrativa e judicial do país. No caso da França, cuja organização era centralizada, a incompatibilidade dos órgãos judiciais controlarem a administração pública já havia sido consagrada, desde a Revolução de 1789, como uma aplicação normal do princípio da separação de poderes¹⁶³.

Com relação à natureza e extensão dos poderes do juiz administrativo, Édouard Laferrière desenvolveu um estudo metódico sobre o *contencioso administrativo*, estabelecendo uma tipologia dividida em quatro ramos: 1) o contencioso de jurisdição plena

¹⁶² Ibidem., p. 10-11.

¹⁶³ Ibidem., p. 11-12.

(*Contentieux de pleine juridiction*), que acolhia os conflitos sujeitos à forte controle do tribunal, podendo este reformar, anular ou substituir uma decisão administrativa por outra e ditar condenação financeira como reparações do prejuízo¹⁶⁴; 2) o contencioso de anulação (*Contentieux de l'annulation*), que acolhia pedido de anulação de decisão administrativa ilegal, sendo que, neste caso, o tribunal administrativo não poderia reformar, mas somente anular a decisão administrativa. Para o autor, o *Recurso por Excesso de poder* era um dos mais importantes, pois objetivava a anulação de atos administrativos contrários a lei, uma garantia preciosa criada pela jurisprudência. Este recurso encontrava apoio da lei de 7-14 de outubro de 1790, com a seguinte disposição: “alegações de incompetência em relação a Organismos administrativos serão levados ao rei, chefe da Administração geral”, mas só foi de fato reconhecido após três quartos de séculos, no artigo 9º da Lei Orgânica, de 24 de maio de 1872, e ainda sem regulação; 3) o contencioso de interpretação (*Contentieux de l'interprétation*), que acolhia conflitos em que a jurisdição administrativa só intervinha para interpretar atos administrativos obscuros ou para avaliar sua validade. Nesse caso, o tribunal administrativo não tinha o poder de ditar outra decisão, estando limitado a declarar se um ato administrativo era ou não legal, ou se dava sentido a um ato que não havia sido claro. Segundo Édouard Laferrière, esta intervenção ocorria mais frequentemente no bojo de processos judiciais que deveriam ser remetidos aos tribunais administrativos apenas para julgar questões prejudiciais de ordem administrativas contenciosas¹⁶⁵; 4) o contencioso de repressão (*Contentieux de la répression*), que acolhia conflitos nos quais os administrados não respeitavam suas obrigações para com a administração. Era uma atribuição especial da justiça administrativa, para reconhecer, reprimir e reparar as invasões cometidas no domínio público, com a imposição de multas aos administrados¹⁶⁶.

Por fim, a criação de um tribunal de conflito teria fundamento no direito da Administração reivindicar para si matérias administrativas que teriam sido injustamente levadas a julgamento em tribunais comuns. A decisão sobre o conflito teria a natureza de regular atribuições das autoridades administrativa e judicial, que estivessem em desacordo.

¹⁶⁴ Ibidem., p. xv (prefácio)

¹⁶⁵ Ibidem., p. xvi (prefácio).

¹⁶⁶ Ibidem., p. xvii (prefácio).

Para Édouard Laferrière, esta seria uma aplicação das leis fundamentais que limitavam suas respectivas competências, proibindo invasões mútuas entre as duas autoridades¹⁶⁷.

A doutrina de Édouard Laferrière foi complementada pela doutrina de Maurice Hauriou, com a publicação da obra *Précis de droit administratif, contenant le droit public et le droit administratif*, em 1892. Em 1900, o Direito Administrativo francês foi impulsionado com a publicação da obra de Henri Berthélemy, intitulada *Traité Élémentaire de Droit Administratif*, que, com o seu discípulo León Duguit, criou a escola de serviço público. Nesta escola, esteve à frente Gaston Jèze, com a publicação dos *Principes Généraux de Droit Administratif*, que emprestou nova técnica jurídica nesses estudos, também seguidos por Louis Rolland (*Precis de Droit Administratif*, em 1926).

2.5 CONCLUSÃO DO CAPÍTULO

O *contencioso administrativo*, fruto da tradição francesa, surgiu no *Ancien Regime* e foi se estabelecendo lentamente na medida em que o poder absoluto monárquico, progressivamente, desgastava-se em torno dos problemas decorrentes da confusão das funções judiciais, legislativas e administrativas. Mas o grande debate doutrinário em torno do conceito deste instituto iniciou-se a partir da Revolução de 1789, ganhando força com as obras publicadas entre 1840 e 1889. A discussão sobre o *contencioso administrativo*, ao longo do século XIX, passou pelos diversos regimes monárquicos e republicanos, intercalados com rupturas revolucionárias tendentes à formação de um Estado liberal.

Neste capítulo, debruçamo-nos sobre várias doutrinas publicadas na França, entre 1841 e 1887, que revelam a proeminência dos direitos individuais em confronto com a limitação legal dos poderes públicos, implicando na concretização do Estado de Direito e no esforço de sedimentar a autonomia do Direito Administrativo como disciplina jurídica.

Observamos que a organização administrativa e judiciária da França foi estruturada sobre dois princípios: o da separação dos poderes (Executivo, Legislativo e Judiciário) e o das

¹⁶⁷ Ibidem., p. 24-25.

jurisdições (administrativa e judicial), sendo polêmica a tentativa de alinhamento entre os dois princípios. Revelamos esta controvérsia confrontando os pontos de divergência doutrinária presente nas obras de René Jacquelin, Henry Berthélemy e Maurice Hauriou.

Em síntese, Jacquelin ressaltou a imparcialidade de existir uma justiça administrativa, no âmbito do poder Executivo, para julgar matérias administrativas, entendendo que a sua criação afrontava o princípio da separação dos poderes.

Para Henry Berthélemy, o poder Executivo conjugava as funções de administrar e de julgar. Este autor defendia uma distribuição bipartida do poder, ao considerar o poder Judiciário como um dos ramos do Executivo. No modelo de Berthélemy, era imprescindível a existência da justiça administrativa para impedir que a administração fosse submetida ao controle da justiça comum.

Maurice Hauriou, por sua vez, não compreendia a justiça administrativa como uma instituição obrigatória pois, no seu entendimento, a existência ou não dessa instituição era resultado da decisão política de cada Estado. Considerando a realidade francesa, Hauriou entendia ser necessária a criação da justiça administrativa para sedimentar, naquele contexto, a centralização política e um sistema administrativo estatizado, com absoluta independência da autoridade administrativa em relação à judicial.

Expomos também a grande dificuldade para estabelecer os limites do poder de julgar da justiça administrativa, em detrimento da justiça comum, sob a ótica da legislação, da doutrina e da jurisprudência. Com esse intento, verificamos que o conceito de *competência administrativa* presente no *Dictionnaire de Droit Publique Administrative* propõe o seu exame no bojo das leis administrativas que conferem a funcionários da administração o poder de julgar os atos administrativos.

Contrariando esse preceito, René Jacquelin classificou como arbitrários e confusos os princípios gerais que definiam a competência no bojo da legislação administrativa, pois tais princípios abarcavam inúmeras exceções. Da mesma forma, Jacquelin não via êxito nas tentativas doutrinárias de traçar ou buscar princípios administrativos em sede de legislação. Para Auguste Vivien, a tarefa de traçar a delimitação das matérias administrativas teria como fonte a jurisprudência do Conselho de Estado, diante de poucas informações presentes nas legislações. Vivien alertou a observância das *Desclassificações*, leis excepcionais que invertiam a lógica das competências judicial e administrativa com relação a certos assuntos. Acrescemos a esse debate a tentativa doutrinária de Adolphe Chauveau de demonstrar uma

fórmula para identificar, nos casos concretos, os assuntos contenciosos administrativos, com base nos conceitos de *interesse*, *direito*, *jurisdição graciosa* e *contenciosa*.

A pesquisa histórica do *contencioso administrativo* na França (1840-1887), acrescida de todas as discussões que envolviam os conflitos entre os administrados e a administração pública, implica, no nosso entendimento, na análise conjugada de contextualizações políticas e jurídicas. Sob a perspectiva política, percebemos que o conceito doutrinário atribuído ao *contencioso administrativo* sofreu mutações ao longo dos diversos regimes que transcorreram naquele século na França. No desenvolvimento deste estudo, destacamos o período abrangido pela Monarquia de Julho (1830-1848) e a Terceira República, iniciada em 1870, em função da grande produção doutrinária sobre o tema.

Sob a perspectiva da contextualização jurídica, comparamos a evolução doutrinária do período entre 1790 a 1830, fase da justiça homologável ou retida (*retenue*), no período de transição (1832-1872), e no início da justiça delegada (*deléguée*), que surge em 1972, com a lei de 24 de maio. Em função destas três fases, classificamos a doutrina francesa ao longo do século XIX em três gerações, conforme proposta de François Burdeau.

Demonstramos que no período da justiça retida, o Conselho de Estado apresentava a natureza jurídica de órgão consultor, pois as decisões que tratavam de matéria contenciosa eram tomadas sob a assinatura do Chefe do Executivo. Vimos que, nesta fase, a competência administrativa era determinada no exame de cada caso em particular. A maior preocupação era evitar o julgamento da administração pelo poder Judiciário, aplicando com rigor o princípio da separação dessas duas autoridades.

Observamos, também, que no período de transição entre a justiça retida e a delegada, a determinação da competência administrativa tinha como critério a identificação do tipo de ato administrativo que havia causado a lesão ao particular. No caso, o *contencioso administrativo* restringia-se aos atos de gestão da administração, ou seja, quando a administração estava em pé de igualdade com o particular, estando afastados desse contexto os atos de império.

Apreciamos que, na fase da justiça delegada, o Conselho de Estado passou a figurar como órgão julgador, sendo permitido ao vice-presidente do Conselho de Estado assinar as decisões, que passaram a se chamar de acórdãos, ou arestos (*d'arrêts*), sendo também criado o Tribunal de Conflitos. E percebemos que foi a partir daí que a doutrina começou a sistematizar os princípios do *contencioso administrativo* para diferenciá-los dos princípios aplicados ao direito privado.

Relacionando os dois contextos (político e jurídico), procuramos demonstrar como o *contencioso administrativo* foi concebido nas doutrinas publicadas na França, entre 1841 e 1887, levando em conta o que foi produzido anteriormente a esse período. Constatamos que a primeira geração de doutrinadores administrativistas do século XIX dedicou-se a compilar, ordenar e comentar a jurisprudência emanada dos órgãos de justiça administrativa e a interpretar as leis que consideravam administrativas, bem como atos jurídicos complementares.

Percebemos que alguns desses autores utilizavam-se da linguagem do direito romano, usada na definição de conceitos pertinentes ao direito comum para definir institutos do direito administrativo, recebendo críticas da geração posterior por induzir a interpretações errôneas a respeito do princípio da separação dos poderes e da separação das autoridades administrativas. A exegese utilizada por esses doutrinadores não buscava a dedução de princípios teóricos gerais para caracterizar o direito administrativo como um ramo autônomo do direito, e tentavam definir o que seria o *contencioso administrativo* estudando casos concretos julgados.

Neste capítulo, também reproduzimos a análise crítica feita por Adolphe Chauveau a alguns trabalhos que já haviam sido publicados, sendo comentados os seguintes autores: Cormenin (*Question de Droit Administratif* – 1822), Macarel (*Elements de jurisprudence administratif* – 1818, *Des Tribunaux Administratifs, ou introduction à l'étude de la jurisprudence administrative* – 1828), Degerando (*Institutes du droit administratif Français* – 1829), Foucart (*Elements de Droit Public et administratif ou exposition méthodique des principes du droit public positif avec L'indication des lois a L'appui* – 1839) e Firmin Laferrière (*Cours de Droit Public et Administratif* – 1839).

Os doutrinadores da segunda geração já demonstravam a preocupação de estruturar critérios teóricos, com o objetivo de identificar quais as matérias deveriam pertencer à competência da justiça administrativa, distinguindo-as das matérias do direito comum. Para delimitar o campo da justiça administrativa era necessário definir o conceito de *contencioso administrativo*. Podemos observar que os administrativistas franceses dessa fase utilizavam vocábulos diferentes para um mesmo conceito, ou atribuíam conceitos diferentes às mesmas palavras, o que trazia dificuldades para construir a doutrina do Direito Administrativo. Expusemos, nessa fase, o conceito de *contencioso administrativo* desenvolvido pelos doutrinadores: Adolphe Chauveau, Auguste Vivien e Pradier-Fodéré.

Apresentamos o conceito de *contencioso administrativo*, de Chauveau Adolphe (obra *Principes de Compétence et de juridiction* – 1841), formulado a partir dos conceitos de *interesse e direito* e relacionados às expressões *jurisdição graciosa* e *jurisdição contenciosa*. Observamos que a fórmula posposta tinha a pretensão de identificar quase todos os casos pertencentes ao contencioso administrativo (com exceção das matérias contidas em leis de Desclassificações): “o caráter dominante e distintivo do contencioso administrativo ocorre sempre quando um interesse especial que emana do interesse geral, for discutido, em contato com um direito privado.”

Verificamos que o conceito de *contencioso administrativo* desenvolvido por Auguste Vivien (*Études Administratives* – 1846) condicionava a preexistência de uma lei ou de um contrato com obrigações específicas, ou seja, uma lei administrativa que disciplinasse a competência, ou que estabelecesse uma regra (um comando); ou um contrato firmado entre a administração e particulares. O *contencioso administrativo* formar-se-ia mediante a violação destas obrigações e com a reclamação dos particulares prejudicados. Inferimos, também, que Vivien teria adotado uma concepção legalista (método exegésico) na formulação do seu conceito.

Verificamos que, na doutrina de Pradier-Fodéré (*Precis de Droit Administratif*-1853), o *contencioso administrativo* também consistia de todas as reivindicações fundadas na violação das obrigações impostas à administração por leis e regulamentos administrativos, ou pela quebra de contratos firmados entre a administração e o particular. Mas percebemos que o autor especificou a expressão *direito adquirido*, ou seja, a reclamação deveria ser dirigida contra o ato da administração que tivesse violado um *direito adquirido*, diferenciando-o de *simples interesse* violado pois, nesse caso, a jurisdição seria graciosa.

Demonstramos que a terceira geração da doutrina administrativista francesa surge no final do século XIX, com a intenção de construir teorias e princípios gerais do Direito Administrativo através de um método técnico jurídico. Seleccionamos para esta análise a doutrina de Edouard Laferrière (*Traité de la Juridiction Administrative et des Recours Contentieux* – 1887). Constatamos que o autor não teve a preocupação em identificar quais seriam as matérias administrativas, mas buscou ideias gerais ao estudar a jurisprudência do Conselho de Estado, afirmando a responsabilidade do Estado por seus atos de gestão e a independência dos tribunais administrativos perante a administração ativa. Percebemos, também, a preocupação em formalizar uma linguagem específica para o direito administrativo, para afirmar a sua autonomia em relação ao direito privado.

Vimos, ainda, que o conceito de contencioso administrativo, segundo Laferrière, incluía todas as reivindicações fundadas em um direito ou na lei, e cujo objeto seria, ou um ato de autoridade pública, ou um ato de gestão de serviço público, referido na jurisdição administrativa por disposições de lei geral ou especial. Percebemos que nessa conceituação o autor não fez distinção entre atos de gestão ou ato de império, pois, para ele, bastaria que a administração tivesse desconsiderado um direito do particular, seja por erro ou por má aplicação da lei, para que surgisse o *contencioso administrativo* em decorrência de reclamações.

Por fim, expomos a tipologia criada por Laferrière, que dividiu o contencioso administrativo em quatro espécies, em função da natureza e da extensão dos poderes do juiz administrativo: contencioso de jurisdição plena (*Contentieux de pleine juridiction*), anulação (*Contentieux de l'annulation*), o contencioso de interpretação (*Contentieux de l'interprétation*) e o contencioso de repressão (*Contentieux de la répression*).

No próximo capítulo, estudaremos o tratamento dado ao conceito de *contencioso administrativo* pela doutrina publicada no Segundo Reinado, que vigorou entre 1842 a 1889, com o objetivo de investigar em que medida o modelo de justiça administrativa adotado na França, no século XIX, influenciou a construção do modelo brasileiro. O Conselho de Estado brasileiro, previsto na Constituição de 1824 (Capítulo III, art. 137), foi disciplinado pelo Regulamento nº 124, de 1842, cujo Capítulo III tratou especificamente dos objetos contenciosos.

3. A TRANSPOSIÇÃO DO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO PARA O IMPÉRIO BRASILEIRO

Demonstraremos neste capítulo como o *contencioso administrativo*, e sua relação com a *justiça administrativa*, foi construído pela doutrina administrativista do Segundo Reinado do Império brasileiro, no período entre 1840 a 1889. No desenvolvimento deste estudo utilizaremos como fontes principais os livros de direito administrativos publicados na época, em especial, os manuais adotados nos primeiros cursos jurídicos do Brasil, criados em São Paulo e em Recife, pela lei de 11 de agosto de 1827.

Também analisaremos o aparato legislativo pertinente, que embasava o pensamento e a ideologia da época. Utilizaremos como fontes secundárias de apoio a bibliografia de autores mais modernos, como Wanderley Guilherme dos Santos (1978), Luís Werneck Vianna (2015), Lydia Magalhães Garner (2002) e outros que também se debruçaram sobre o tema.

As principais fontes históricas selecionadas para análise foram as obras dos seguintes doutrinadores: José Antônio Pimenta Bueno (*Direito Público Brasileiro e Análise da Constituição do Império* – 1857), Prudêncio Giraldes Veiga Cabral (*Direito Administrativo* – 1859), Vicente Pereira do Rego (*Elementos de Direito Administrativo Comparado com o Direito Administrativo Francês, Segundo o Método de P. Pradier-Fodéré* – 1857); *Elementos de Direito Administrativo Brasileiro* – 1860); *Compêndio de Direito Administrativo ou Repetições Escritas sobre os Elementos de Direito Administrativo para o uso das Faculdades de Direito do Império* – 1877), Visconde de Uruguai (*Ensaio sobre o Direito Administrativo* – 1862), Antônio Joaquim Ribas (*Direito Administrativo Brasileiro* – 1866) e José Rubino de Oliveira (*Epítome do Direito Administrativo* – 1884).

Na sessão 3.1, apresentaremos os antecedentes históricos ao período do Segundo Reinado brasileiro, abordando as ideias políticas que surgiram no Brasil Colonial, no período de consolidação da Independência do país e na formação do Estado Imperial, enfatizando a influência dos institutos da recém-criada doutrina do Direito Administrativo.

Exporemos a formação e funcionamento da Justiça Administrativa no Brasil Imperial, a influência do *contencioso administrativo* francês como paradigma para julgar conflitos entre a Administração e os particulares, bem como o processo que excluiu o poder Judicial desta esfera de competência. Segundo Walter Guandalini Junior, é consenso na doutrina que a

primeira estruturação dos conceitos científicos relacionados ao direito administrativo desenvolveu-se na França napoleônica¹⁶⁸.

Nas seções 3.2 e 3.3, abordaremos a criação dos cursos jurídicos no Império e discutiremos o papel desses cursos na sedimentação do Estado imperial brasileiro. Apresentaremos os primeiros trabalhos doutrinários sobre a matéria administrativa, que começaram a despontar após 1856 com a criação da cadeira de Direito administrativo nos cursos jurídicos, junto com uma biografia resumida dos principais administrativistas do Segundo Reinado.

Nas seções 3.4 a 3.7, abordaremos alguns temas controvertidos na doutrina produzida no período, cuja análise, a nosso ver, é de importância fundamental para a compreensão do *contencioso administrativo* imperial: a) o Conselho de Estado teria a natureza de Tribunal Administrativo ou foi um órgão meramente consultivo?; b) a necessidade de existir uma justiça administrativa nos poderes Executivo e Moderador, bem como a sua constitucionalidade; c) os fundamentos e argumentos na doutrina para justificar a separação das jurisdições administrativa e judicial, os limites estabelecidos para evitar a invasão de competências e; d) as soluções e fórmulas para identificar os assuntos pertinentes à jurisdição contenciosa administrativa.

Finalizaremos este capítulo com a sessão 3.8, apresentando as diversas visões dos doutrinadores do período imperial brasileiro, a respeito do conceito de *contencioso administrativo* e a relação deste com a justiça administrativa.

3.1 ANTECEDENTES HISTÓRICOS E CONTEXTUALIZAÇÃO

¹⁶⁸ GUANDALINI JUNIOR, Walter. A Tradução do conceito de Direito Administrativo pela cultura jurídica brasileira do século XIX. In: **Rev. Fac. Direito UFMG**, Belo Horizonte, n. 74, pp. 473-498, jan./jun. 2019. DOI: 10.12818/P.0304-2340.2019v74p473

Traçaremos neste tópico os antecedentes históricos e a contextualização política e jurídica a respeito do *contencioso administrativo*, no Segundo Reinado do Império brasileiro, iniciado ao término do período regencial, com a declaração de maioria de Pedro de Alcântara, em 23 de julho de 1840, e finalizado com a derrubada da Monarquia constitucional parlamentarista pela proclamação da República, em 15 de novembro de 1889.

O debate em torno das ideias políticas que emolduraram o Segundo Reinado é ponto crucial, no nosso entendimento, para a compreensão deste período, marcado por grande instabilidade interna, por tentativas de reorganização da política disputada pelos partidos liberal e o partido conservador, pela instauração do governo parlamentarista e ativação do comércio internacional. Essa análise foi tema do ensaio proposto por Wanderley Guilherme dos Santos, que discorreu sobre o liberalismo no Brasil, por ele conceituado como “a organização social e econômica que iguala a maximização dos individuais à maximização do bem estar social”¹⁶⁹.

Para o autor, a ideologia política e filosófica do liberalismo reclamava a visão de como a sociedade e o governo deveriam organizar-se, opondo-se ao controle e à imposição de prioridades sociais estabelecidas por poderes que estariam acima da sociedade¹⁷⁰. Segundo Santos, desde o período colonial, parte da elite intelectual e política do Brasil já teria sido exposta às ideias que moldavam o mundo moderno. Na segunda metade do século XVIII, o conceito de progresso estava associado às novas ideias políticas e econômicas adotadas na França e Inglaterra, bem à frente de Portugal, considerado, naquele contexto, uma nação estagnada, um poder decadente¹⁷¹. A França fazia oposição ao absolutismo, firmando a ideia da soberania do povo a ser positivada em regras obrigatórias e estabelecidas por membros do corpo político, exprimindo a vontade geral como fonte única de legitimidade¹⁷². No século XVIII, a única alternativa ao colonialismo seria o liberalismo, representando a liberdade, o

¹⁶⁹ SANTOS, Wanderley Guilherme dos. **Ordem Burguesa e Liberalismo Político**. São Paulo: Duas Cidades, 1978, p. 67.

¹⁷⁰ Ibidem., p. 68.

¹⁷¹ Ibidem., p. 71.

¹⁷² Ibidem., p. 73.

progresso, a modernidade e a civilização. A independência política de um país só seria uma realidade com o estabelecimento da autonomia política¹⁷³.

Santos relata que todas as elites sul-americanas, com exceção do Brasil, seguiram uma estratégia de independência política estritamente liberal, inaugurando a forma de governo republicano ou a monarquia constitucional. O Brasil foi uma das últimas colônias a se tornarem independentes, e seguiu uma estratégia parcialmente liberal, pois preservou a propriedade de escravos¹⁷⁴. A elite intelectual e política brasileira, formada pelas melhores escolas portuguesas, estava ciente do sentido das palavras “progresso” e “desenvolvimento”, na Europa do século XVIII. Essa elite, pelo menos aparentemente, parecia estar determinada a se libertar da condição de Colônia, desejando edificar um Estado, uma nação¹⁷⁵. Entretanto, ao invés de traçarem uma agenda liberal rumo à independência, preferiram acreditar que esse tipo de agenda só poderia concretizar-se com um impulso de um Estado europeu forte, preservando os interesses coloniais¹⁷⁶.

Na opinião de Santos, ao contrário dos demais países que também lutaram pela independência, o Brasil somente aspirava a autonomia política e econômica, pois quem veio romper com os vínculos coloniais para criar uma sociedade autônoma foi o próprio príncipe. O modelo de Estado brasileiro independente tinha como sustentáculo três poderes subordinados à comunidade política – Legislativo, Executivo e Judicial – e um poder que era de prerrogativa exclusiva do Imperador – o poder Moderador: “o príncipe deu origem à sociedade, fundou a nacionalidade e, portanto, legitimou o Estado, e não o inverso”. Os Ministros, representantes do Governo, eram responsáveis perante o Imperador, que era chefe do Poder Moderador. A sociedade política era formada apenas pelos cidadãos capacitados para conceber ações adequadas à proteção e à preservação da propriedade, que incluía os escravos¹⁷⁷.

¹⁷³ Ibidem., p. 74.

¹⁷⁴ Ibidem., p. 75.

¹⁷⁵ Ibidem., p. 76.

¹⁷⁶ Ibidem., p. 77.

¹⁷⁷ Ibidem., p. 78.

Na concepção de Santos, havia o desejo de modernizar o sistema econômico brasileiro, introduzindo novas tecnologias com a eliminação dos ordenamentos coloniais que representavam grandes obstáculos para o desenvolvimento do país, como por exemplo, a liberação do mercado para as relações mercantis e capitalistas. Mas essas ações mostravam-se incompatíveis com o sistema escravocrata vigente. A solução encontrada para sanar esse conflito foi modificar a doutrina em relação à escravidão: o governo deveria proteger a propriedade, incluindo nessa propriedade a posse de escravos. Essa medida foi rechaçada pelos liberais radicais, que não concebiam a existência de uma nação moderna e escravocrata¹⁷⁸. Para Santos, esse esboço de nação liberal escravocrata estava bem longe do modelo liberal defendido por alguns grupos políticos que apoiaram a Independência do Brasil. Os liberais, a partir de 1824, começaram a pleitear reformas contra a centralização do sistema político em vários pontos do país, demandando por maior autonomia das províncias e apoiando o federalismo. Entretanto, não era essa a interpretação dada à agenda liberal pela elite política que alçou o poder e que, por sua vez, acreditava que a federalização levaria à fragmentação do país¹⁷⁹.

Em 1840, surge uma forte reação à centralização por parte da elite conservadora que, ao ascender ao poder, promoveu a emancipação do príncipe herdeiro, aos 15 anos de idade. Os liberais, que não aceitaram essa imposição, foram isolados da arena política e atentamente vigiados, para não fomentarem conflitos. E é neste contexto que se iniciou o Segundo Reinado. Os liberais viam a existência do poder Moderador como um mecanismo criado pelo Chefe do Executivo para exercer o poder sem ser responsável perante ninguém, além de si próprio. No argumento dos liberais, a extinção do poder Moderador atribuía a responsabilidade aos Ministros (Governo) e ao Imperador, que deveriam responder perante o Parlamento¹⁸⁰.

No período entre 1840 e 1860 ocorreu um apaziguamento entre liberais e conservadores, que buscaram conciliar as ideias liberais com a escravidão. Nesse período, as teorias conservadoras, praticamente, não foram contestadas pelos liberais. Segundo Santos, a

¹⁷⁸ Ibidem., p. 80.

¹⁷⁹ Ibidem., p. 81.

¹⁸⁰ Ibidem., p. 82.

economia brasileira começava a dar sinais de recuperação, por volta de 1840, após longo período de estagnação¹⁸¹. Mas a partir de 1860, a discussão sobre a escravidão voltava à cena, com a adoção do positivismo pela elite intelectual¹⁸², trazendo o argumento de que seria imprescindível acabar com o sistema monárquico e com a escravatura para que o país pudesse ingressar em um estágio científico, caracterizado pela modernização da economia, com a criação de um sistema industrial¹⁸³. Apoiados pela imprensa, pelos clubes de propaganda e pelos progressistas, os radicais liberais desejavam a abolição da escravatura e, por conta disso, perderam o apoio dos proprietários de escravos. Por sua vez, o Partido Republicano, que surge em 1870, veio com a proposta de acabar com o sistema imperial, defendendo, também, uma ampla descentralização para fortalecer politicamente a sociedade, evitando mencionar sobre a escravidão para angariar apoio dos ruralistas¹⁸⁴. Eram nessas duas correntes, segundo Wanderley Guilherme dos Santos, que se apoiava a expansão econômica e social do Brasil, até que, em 1888, o sistema imperial, sob a liderança conservadora, aboliu a escravatura e, no ano seguinte, o sistema monárquico foi derrubado e implantada a República Federativa¹⁸⁵.

Na visão de Luís Werneck Vianna, o processo que promoveu a transição de um sistema colonial para um país moderno, nos países da América Latina, foi desencadeado por uma ruptura política revolucionária. Entretanto, no caso do Brasil, esse fenômeno não ocorreu. Aqui se estabeleceu uma espécie de conciliação entre os dois sistemas (colonial e nacional). Em outras palavras, teria ocorrido, no caso brasileiro, uma contrarrevolução que mobilizou a vontade das elites para viabilizar a construção de um Estado nacional.

Na opinião de Vianna, este foi um mecanismo impróprio, por não ter sido capaz de incorporar as classes subalternas nesse processo. Essa contrarrevolução acabou criando, após a Independência do Brasil, um capitalismo social muito dependente das formas políticas e repressivas de controle social, e bem menos dependente das formas econômicas, ou seja, ocorreu muito mais imposição do que consenso. Em outras palavras, não foi estabelecida uma

¹⁸¹ Ibidem., p. 84.

¹⁸² Ibidem., p. 88.

¹⁸³ Ibidem., p. 89.

¹⁸⁴ Ibidem., p. 90.

¹⁸⁵ Ibidem., p. 91.

simetria entre a economia (instalação de parque industrial moderno, mercado interno diversificado etc.) e a política (elitista, excludente, incapaz de incorporar classes subalternas, de uniformizar uma cidadania plena e livre)¹⁸⁶.

O Estado imperial, e suas instituições políticas, na visão de Vianna, não se apresentou como uma expressão da sociedade civil. Ao contrário, o Estado desenvolveu uma estrutura com mecanismos complexos para intervir sobre a sociedade, que passou a ser controlada e dirigida para realizar os fins impostos pelas elites. Em decorrência disso, o nexó entre Estado e Nação, o invés de ter sido estabelecido por laços orgânicos, foi estruturado por imposição, que veio repercutir na tensão permanente entre o Estado imperial idealizado e a realidade social.

A Independência do Brasil, que deveria significar a constituição de um Estado-Nação para servir à sociedade civil, teria introduzido, na verdade, uma forma liberal paradoxalmente estranha ao manter uma sociedade escravista, dissimulando sua verdadeira natureza sob roupagem liberal¹⁸⁷. Em suma, ao citar a doutrina de Florestan Fernandes, Vianna aduziu que, no processo da Independência, triunfaram, na verdade, elementos conservadores que preservaram a estrutura colonial e, sendo tais elementos contrários à teoria do liberalismo, ensejavam um mundo tenso, conflituoso, fragmentado entre a realidade e a legalidade¹⁸⁸.

A ideologia liberal que fundamentou a construção do Estado Nacional, no Brasil, recriada em um contexto diverso da luta contra o poder absolutista, perdurou durante todo o período imperial, firmando muito mais a liberdade do Estado do que a liberdade do indivíduo. Para Vianna, apenas no final do Segundo Reinado foi estabelecido, formalmente, um mercado livre de força de trabalho, agregando condições para desenvolver, de fato, a transição do país rumo a uma civilização propriamente capitalista, formada por uma elite empresarial mais integrada e aculturada à natureza das novas relações sociais¹⁸⁹.

¹⁸⁶ VIANNA, Luis Werneck. **Ensaio sobre Política, Direito e Sociedade**. São Paulo: HUCITEC, 2015, p. 17.

¹⁸⁷ Idem., p. 18.

¹⁸⁸ Ibidem., p. 19.

¹⁸⁹ Ibidem., p. 19.

Associando os antecedentes e o contexto histórico político com o jurídico, e dando ênfase à temática da justiça administrativa, apresentamos a visão do Visconde de Uruguai, que defendia a não existência do *contencioso administrativo* no período colonial brasileiro. Para o jurista, essa foi uma fase em que o regime político da metrópole portuguesa era uma monarquia absolutista, na qual somente existia o poder real, com autoridade para avocar para si as causas que pendiam perante juízes e tribunais, decidindo da forma que entendesse conveniente. Nenhuma autoridade poderia questionar o que o governo julgasse como de interesse público. Os juízes eram seus delegados e o poder judicial confundia-se com o poder executivo. Para Uruguai, o *contencioso administrativo* só teria surgido no Brasil após a Independência¹⁹⁰.

Lydia Magalhães Garner apresenta um outro entendimento, no sentido de que havia uma justiça administrativa no período colonial, suprimida na primeira década após a Independência do Brasil. Segundo a autora, o Tesouro Público do Brasil colonial possuía um foro especial, o Conselho de Fazenda, que resolvia litígios administrativos processados a partir de apelos e reclamações dirigidas aos soberanos portugueses que, inclusive, podiam anular as decisões judiciais.

O Conselho de Fazenda criado pelo Marques de Pombal, em 1791, tinha jurisdição para tratar sobre arrecadação das rendas e de todos os direitos e bens da Coroa. Resolvia questões apresentadas em uma e única instância e, dependendo do caso, encaminhava um recurso de consulta ao soberano. Apenas eram julgados pelos tribunais judiciais os litígios que envolviam dívidas passivas. Após a Independência, essa jurisdição administrativa fazendária prosseguiu no Ministério da Fazenda, primeiro órgão imperial que trouxe da época colonial a experiência do *contencioso administrativo*¹⁹¹.

No entendimento do Visconde de Uruguai, as expressões *jurisdição contenciosa* e *jurisdição voluntária* usadas no período colonial teriam significado diferente no Império. Na época colonial era forte a influência dos doutrinadores do Direito Romano: era chamada de *jurisdição voluntária* aquela em que não havia contestação entre as partes, e a *jurisdição*

¹⁹⁰ URUGUAI, Visconde de. **Ensaio sobre o Direito Administrativo**; Tomo I. Rio de Janeiro: tipografia Nacional 1862, p. 135-136.

¹⁹¹ GARNER, Lydia Magalhães. Justiça Administrativa no Brasil do Segundo Reinado (1842-1889). In: **Revista de História**. ed. 147, SP: USP, 2002, p. 162.

contenciosa era aquela que havia contestação. O Direito Administrativo veio alterar o sentido dessas expressões atribuindo outros conceitos e parâmetros para diferenciá-las. A diferença entre *jurisdição voluntária* e *jurisdição contenciosa* passou a ser identificada pelas matérias que seriam da competência de cada uma dessas jurisdições, pelo tipo de ato administrativo envolvido, pela violação de um *direito* ou *interesse*¹⁹². Enfim, no período imperial brasileiro, o sentido dessas expressões passou a ser discutido à luz do princípio constitucional da separação entre os poderes políticos e à luz do princípio da separação das autoridades administrativa e judicial¹⁹³.

Segundo Victor Nunes Leal, o poder político no Império, como já visto, foi fracionado em quatro: poder Legislativo, Judicial, Executivo e o Moderador, sendo os dois últimos mantidos, exclusivamente, sob o poder do monarca, sob a égide de uma monarquia constitucional representativa. Nos primeiros anos, após a independência, ainda era percebida uma administração pública organizada à luz do direito privado, progressivamente reduzida na medida em que o Brasil foi se constitucionalizando, construindo uma organização administrativa mais aparelhada e próxima do território nacional. Na opinião de Leal, ao longo do século XIX, o poder do Estado foi se consolidando através de uma forte centralização política e administrativa¹⁹⁴.

No Império, os órgãos fazendários coloniais foram extintos, sendo criado, em substituição, o Tribunal do Tesouro Público Nacional, presidido pelo Ministro da Fazenda, e

¹⁹² Veremos adiante que para Visconde de Uruguai, as palavras *interesse* e *direito* seriam a base da distinção entre jurisdição graciosa e contenciosa. O *interesse* seria uma vantagem obtida pelo indivíduo, decorrente de certa medida que a administração decidiu, ou não, adotar, ou seja, a adoção da medida seria uma faculdade discricionária da administração pela administração. Se, posteriormente, esse interesse for retirado por força de um ato administrativo, o indivíduo prejudicado poderia ingressar com um recurso gracioso, a ser decidido em sede de jurisdição graciosa (poder executivo). O *direito*, por sua vez, comportaria duas espécies (direito propriamente dito e direito adquirido). O *direito propriamente dito* era aquele inerente a alguém por virtude de lei, e que uma vez violado por ato administrativo, ensejaria recurso contencioso a ser julgado em sede de jurisdição comum (poder judiciário). Já o *direito adquirido* teria origem em um ato administrativo puramente discricionário da administração, ou seja, a administração não era obrigada, mas concedeu esse direito ao cidadão. Se, posteriormente, um ato administrativo violar o direito adquirido, isso ensejaria recurso contencioso em sede de jurisdição administrativa (poder executivo). Esses conceitos serão rediscutidos mais adiante, no presente trabalho.

¹⁹³ URUGUAI, Visconde de. **Ensaio sobre o Direito Administrativo**; Tomo I. Rio de Janeiro: tipografia Nacional 1862, p. 138.

¹⁹⁴ LEAL, Victor Nunes. **Coronelismo, enxada e voto: o município e o regime representativo no Brasil**. São Paulo: Companhia das Letras, 7ª. ed., 2012, p. 45.

as Tesourarias das Províncias¹⁹⁵. A jurisdições contenciosa e voluntária, que no regime anterior eram atribuídas ao Conselho de Fazenda, passaram a pertencer, respectivamente, aos juízes territoriais¹⁹⁶, com recurso para a Relação do Distrito e para o Tesouro Nacional¹⁹⁷.

No reinado de Pedro I, o *contencioso administrativo* foi transferido para o poder judicial e, na visão de Uruguai, a reforma que extinguiu a justiça administrativa teria sido um grande retrocesso, pelo que ele, ironicamente, comentou: “Obra de progressistas. Que progresso!”¹⁹⁸. Ao assumir o *contencioso administrativo*, o Poder Judicial passou a proferir grande volume de sentenças que condenavam a administração pública, e isso preocupou o Governo. Para fiscalizar a ação da justiça, a Assembleia Geral determinou que nenhuma dívida por motivo de guerra interna e externa poderia ser inscrita ou paga a particulares sem a sua autorização¹⁹⁹, tema que foi objeto de discussão na Consulta feita em 11 de abril de 1857 para a Seção de Fazenda do Conselho de Estado²⁰⁰.

¹⁹⁵ A Lei de 4 de outubro de 1831 extinguiu os órgãos fazendários coloniais e criou o Tribunal do Tesouro Público Nacional e as Tesourarias das Províncias. Art. 1º Haverá na Capital do Império um Tribunal denominado - Tesouro Público Nacional, - o qual será composto de um Presidente, um Inspector Geral, um Contador Geral, e um Procurador Fiscal, que terão todos o título do Conselho, e serão de nomeação do Imperador.

¹⁹⁶ Lei de 4 de outubro de 1831, Art. 91. A jurisdição contenciosa, que exercitava o mesmo Conselho extinto, fica pertencendo aos Juízes Territoriais, com recurso para a Relação do distrito, guardados os termos de direito.

¹⁹⁷ Lei de 4 de outubro de 1831, Art. 6º “Compete ao Tribunal do Tesouro Nacional: [...]§ 8º Exercitar toda a jurisdição voluntária, que até agora exercia o extinto Conselho da Fazenda, a respeito de habilitações, ordenados, tenças, e pensões, do assentamento dos próprios nacionais; dos contratos das rendas públicas; e da expedição de títulos e diplomas a todos os Oficiais da Fazenda, subalternos do Tesouro Público. Ficam excetuadas as habilitações dos herdeiros, e cessionários quaisquer credores da Fazenda nas Províncias do Império, quais poderão ser feitas perante os Juízes Territoriais, ouvido o Procurador Fiscal.

¹⁹⁸ URUGUAI, Visconde de. **Ensaio sobre o Direito Administrativo**; Tomo I. Rio de Janeiro: tipografia Nacional 1862, p. 142.

¹⁹⁹ Lei de 24 de outubro de 1832, Art. 31. “Não será inscrita, e nem paga, dívida alguma, que respeite a perdas de particulares, por motivo de guerra interna, e externa, sem autorização da Assembleia Geral.”

²⁰⁰ BRASIL. Imperiais Resoluções do Conselho de Estado na Seção de Fazenda: anos 1856 a 1860. Volume IV. Rio de Janeiro: Typographia Nacional, 1871, p. 122/128. Tratava sobre pagamento de indenização ao Sr. Manoel José Teixeira, referente ao valor de 62 sacas de algodão que lhe foram tomadas por ordem do prefeito de Caxias, no Maranhão, para entrincheiramento dessa cidade em 1839, quando foi acometida por rebeldes em 1839. Após um ano do ocorrido, o agricultor requereu ao encarregado da defesa da cidade a devolução de suas sacas. Entretanto, ao ser negado o seu pedido, ingressou com ação ordinária no judiciário que, ao final do processo regular, proferiu acórdão condenando a Fazenda Pública a pagar as sacas pelo preço que se liquidasse. Após o trânsito em julgado, o Sr. Teixeira obteve o precatório e exigiu da Tesouraria a sua indenização. No entanto, submetida a questão ao Tesouro Público, o Procurador Fiscal não autorizou o pagamento conforme determinava o art. 31, da Lei de 24 de outubro de 1832, sob o argumento de que a perda sofrida não teria sido motivada por guerra interna. Considerou que a tomada das sacas deveria ser entendida como desapropriação por necessidade, nos termos do art. 8º, da Lei de 9 de dezembro de 1826. Alegou, ainda, que a indenização deveria ter sido

Em 1834, a Provisão de 24 de outubro²⁰¹ reuniu dispositivos legais que conferiam atribuições contenciosas para a Administração, recomendando a sua observância e

pleiteada administrativamente, e não em um tribunal judiciário e que a Fazenda Pública não poderia sofrer prejuízo por conta do erro cometido pelo reclamante. Aduziu, por fim, que o processo cível intentado não poderia interromper o curso da prescrição legal, devendo neste caso ser aplicada a Lei de 30 de novembro de 1841, que estabelecia o prazo de cinco anos para prescrição das dívidas passivas do Estado. Ouvido o Conselho de Estado, deu ele o parecer da Seção de Fazenda que, por maioria, afastou a hipótese de prescrição. Opinaram pelo cumprimento da sentença passada em julgado os Conselheiros Marques de Mont'Algre, Visconde de Maranguape, Visconde de Albuquerque, Visconde do Abaeté, Visconde de Sapucaí, Conselheiro Queirós e o Visconde de Uruguai. Em seus fundamentos, firmaram o entendimento de que o reclamante fez valer o seu direito perante os tribunais do país, não havendo que se falar em prescrição. Acrescentaram que, no curso do processo judicial, com audiência dos fiscais da Fazenda Pública, não foi arguida a incompetência da jurisdição judiciária. Os únicos Conselheiros que concordaram com o parecer da Seção foram Santos Barreto e Marques de Abrantes, sendo este último um ferrenho defensor do contencioso administrativo. Naquele caso, o Marques de Abrantes absteve-se de analisar o mérito do processo e das sentenças que condenaram a Fazenda, restringindo a sua análise à questão de direito para demonstrar a sua irrisignação com o fato do Poder Judicial julgar a Fazenda Pública. Alegou o Marques de Abrantes que sendo o fato uma desapropriação por necessidade pública, embora despida de certas formalidades por ter ocorrido em momento de perigo, o pleito relativo à indenização deveria ocorrer no juízo do contencioso administrativo. Asseverou que o juízo administrativo já havia sido claramente estabelecido e definido no país pela antiga lei que criou o Erário Régio e o Conselho da Fazenda em Portugal, pela lei que estabeleceu igual Erário e Conselho no Brasil, pelo Decreto com força de lei, que organizou o Tesouro Público e as Tesourarias, não se justificando a desculpa de ter recorrido ao juízo comum por ignorância a respeito da competência. Alegou, ainda, que as leis e capítulos do Regimento da Fazenda não poderiam ser ignoradas nem pelos juízes, nem pelas partes, e que a prescrição dos cinco anos, prevista nas leis fiscais, não podia ser interrompida pelo processo, nem por sentenças proferidas a seu favor por tribunais incompetentes. Por fim, aduziu a necessidade urgente de proteger a Fazenda Pública da chicana do foro comum nas questões privativas de sua alçada, não intolerável ser conferido a alguém o direito de cobrar do Tesouro indenizações e dívidas de vinte ou trinta anos passados, por meio de processos civis intentados em foro incompetente, fundamentado em depoimentos de testemunhas não contestadas e em documentos mal averiguados.

²⁰¹ N. 362 – FAZENDA – Em 24 de outubro de 1834: “Ao Tesouro e Tesourarias Provinciais compete a Jurisdição voluntária, e aos Juízes territoriais, a judiciária com recurso para as Relações. Manoel do Nascimento Castro e Silva, Presidente do Tribunal do Tesouro Público Nacional, deliberou em sessão do Tribunal, de acordo com o parecer do Conselheiro Procurador Fiscal, que a disposição do art. 91 da Lei de 4 de Outubro de 1831 não obsta à execução e cumprimento da Lei de 27 de agosto de 1830, art. 7º; do Regulamento de 7 de Outubro de 1831, art. 15; de 28 de janeiro de 1832, art. 11; de 13 de Março do mesmo ano, art. 11; de 28 de Março de 1833, art. 18; e de outros, em que se tem cometido à definitiva decisão do Tesouro e das Tesourarias Provinciais as reclamações dos Coletores das Rendas Nacionais e dos coletados; porque a citada Lei de 4 de Outubro, que organizou o Tribunal do Tesouro e as Tesourarias, conformando-se com o que está expresso no art. 170 da Constituição, atribuiu a este Tribunal e mais Repartições Fiscais, com a denominação de – Jurisdição voluntária –, o que é relativo ao Contencioso administrativo, que d’antes era exercitado pelo Erário, e, na maior parte, pelo Tribunal do Conselho da Fazenda, na forma da Lei de 22 de Dezembro de 1761, e vem a ser tudo o que versa sobre a inteligência e cumprimento das Leis de Fazenda, no que diz respeito à receita e despesa nacional, arrecadação e contabilidade das rendas públicas, sobre a liquidação e ajustamento de contas do Tesouro Público com os seus responsáveis; e sobre a fixação das respectivas quotas de direitos e impostos, que devem satisfazer os contribuintes e coletados; e declarou pertencer aos Juizes territoriais, com recurso para as Relações, o Contencioso Judiciário compreendido na especial denominação de – Jurisdição contenciosa –, dantes era da privativa atribuição do dito Tribunal do Conselho de Fazenda, e tinha por único objeto processar e decidir as execuções promovidas contra os devedores da Fazenda Nacional compelidos a efetuar os pagamentos do que já se acha apurado e liquidado pelos meios administrativos. O que participa ao Inspector da Tesouraria de [...] para que fique na inteligência de que, sendo de jurisdição voluntária, ou simplesmente administrativa, a decisão definitiva do Tesouro e Tesourarias de Fazenda sobre os recursos dos Coletores e coletados, para fixar a quota de quaisquer direitos ou contribuições, não é fundada a dúvida, constante do seu ofício de 26 de Setembro último,

constitucionalidade. Essa manobra de conceder ao poder Legislativo a faculdade de rever e inutilizar decisões judiciais soberanas e independentes foi vista por Uruguai como um atentado à independência do poder Judicial, pois, segundo ele, tal procedimento, que foi posteriormente abandonado, subordinava as Repartições de Fazenda aos Juízes de Paz e a árbitros, quase sempre hostis aos interesses fiscais, embora suas decisões ensejassem recurso administrativo para a Fazenda. Como afirmou Visconde, “foi esse o primeiro enfezado e ilegal ensaio do contencioso administrativo entre nós”²⁰².

Para Uruguai, durante 10 anos²⁰³ não existiu a justiça administrativa no Império e não foram poucas as tentativas para retirar do poder Judiciário essa competência para julgar o *contencioso administrativo*, o que só veio a ocorrer em 1841, com a criação do Juízo privativo dos feitos da Fazenda²⁰⁴ “para as causas cíveis, expressões que excluem as questões administrativas”²⁰⁵. Sobre o assunto, comentou o Conselheiro Ribas, que a entrega do julgamento do *contencioso administrativo* ao Poder Judicial enfrentou reação em diversas legislações²⁰⁶, entre elas a Provisão de 24 de outubro de 1834, que limitou a jurisdição dos juízes territoriais e das Relações e que direcionou para a jurisdição do Tesouro e Tesourarias o *contencioso administrativo*²⁰⁷.

Em 1850, o Tesouro Nacional e as Tesourarias das Províncias foram reformados²⁰⁸ e, nessa ocasião, foi atribuído aos tribunais administrativos, e aos agentes da administração, a apreciação do *contencioso administrativo*. Outras alterações vieram com o Decreto nº 2.343,

que veio incluído no do Presidente da mesma Província de 30 do referido mês ob. nº 91.” (Tesouro Público Nacional em 24 de outubro de 1834. Manoel do Nascimento Castro e Silva).

²⁰² URUGUAI, Visconde de. **Ensaio sobre o Direito Administrativo**; Tomo I. Rio de Janeiro: tipografia Nacional 1862, p. 144.

²⁰³ No intervalo entre a Lei de 4 de outubro de 1831 até a Lei de 29 de novembro de 1941.

²⁰⁴ Lei nº 242, de 29 de novembro de 1841.

²⁰⁵ URUGUAI, Visconde de. **Ensaio sobre o Direito Administrativo**; Tomo I. Rio de Janeiro: tipografia Nacional 1862, p. 147.

²⁰⁶ Lei de 23 de novembro de 1841, Regimento de 5 de novembro de 1842, Lei de 3 de dezembro de 1841 e Regimento de 31 de janeiro de 1842.

²⁰⁷ RIBAS, Antonio Joaquim. **Direito Administrativo Brasileiro**. Rio de Janeiro: F. L. Pinto &C, 1866, p. 148-149.

²⁰⁸ Decreto nº 736, de 20 de novembro de 1850 – reformou o tesouro Nacional e Tesourarias das Províncias. Decreto de 22 de novembro de 1851 – regulamentou as Tesourarias das Províncias

de 29 de janeiro de 1859 que, por sinal, foi a única norma do Império que fez uma referência explícita ao *contencioso administrativo*²⁰⁹. Esta norma trouxe muitas informações: definiu, com precisão, as atribuições do Ministro da Fazenda e do Tribunal do Tesouro, disciplinou o contencioso das Tesourarias nas Províncias, criou os recursos, definiu as competências e declarou que as decisões proferidas pelos chefes das repartições de Fazenda, pelo Tribunal do Tesouro e pelo Ministro da Fazenda, nos assuntos de natureza contenciosa, teriam a autoridade e a força de sentença dos Tribunais de Justiça. Podemos, portanto, observar que estas foram, especificamente, as legislações que tratavam do *contencioso administrativo* no período imperial: o Decreto nº 2.343, de 29 de janeiro de 1859 e o Regimento do Conselho de Estado, aprovado com caráter provisório sob o número 124, em 5 de fevereiro de 1842²¹⁰.

O Regulamento nº 124, de 1842, institucionalizou, expressamente, a Justiça Administrativa a cargo do poder Executivo e do Ministério da Fazenda, que já possuía essa competência. Sua própria Corte de Apelação passou a ser o único órgão do Império com experiência para apreciar questões que envolviam o *contencioso administrativo*. Segundo Garner, essa seria a razão pela qual a doutrina sempre associou a *justiça administrativa* ao Ministério da Fazenda e às questões fiscais. A partir do Regulamento nº 124, os demais ministérios também passaram a apreciar, nas Seções do Conselho de Estado, matérias contenciosas administrativas de assuntos diversos²¹¹.

Porém, em sede de legislação, o Império praticamente só se dedicou a organizar o *contencioso administrativo* do Ministério da Fazenda e, ainda assim, na opinião de Uruguai, isso foi feito de forma muito deficiente. No seu argumento, essa regulação não foi estabelecida por leis, mas somente por autorização legislativa ao poder Executivo, ou seja, pela via de Decretos, Provimentos e Regimentos. Para Visconde, a preocupação em organizar

²⁰⁹ Decreto nº 2.343, de 29 de janeiro de 1859, “Art. 1.º O Ministro e Secretário de Estado dos Negócios da Fazenda é o chefe Superior da Administração da Fazenda em todo o Império, e além das atribuições conferidas pelas Leis, regulamentos e instruções, e das definidas no art. 5º, do decreto nº 736, de 20 de Novembro de 1850, competem-lhe também exclusivamente as seguintes: § 1.º Conhecer, quer em primeira instância, quer em grau de recurso, das reclamações sobre o **contencioso administrativo** da Fazenda Nacional, salvo nos casos em que o Tribunal do Tesouro tem voto deliberativo” (grifos nossos).

²¹⁰ URUGUAI, Visconde de. **Ensaio sobre o Direito Administrativo**. Tomo I. Rio de Janeiro: tipografia Nacional 1862, p. 147-163.

²¹¹ GARNER, Lydia Magalhães. Justiça Administrativa no Brasil do Segundo Reinado (1842-1889). In: **Revista de História**. ed. 147, SP: USP, 2002, p. 163.

o *contencioso administrativo* da Fazenda justificava-se por ser o Tesouro um “Estado dentro do Estado”, um “Estado centralizadíssimo que tem atraído e atrai tudo a si”. Em outras palavras, o Tesouro seria a repartição que mais zelava pelo dinheiro público e, portanto, a que melhor funcionava, a mais tradicional, a que mais se aperfeiçoava e possuía empregados capacitados. Enfim, era a repartição menos influenciada pelo patronato e pela política, dependendo mais da aplicação das atribuições administrativas de seus funcionários e das circunstâncias que revestiam os casos²¹².

Quanto à definição e atribuições do *contencioso administrativo* a cargo de outros ministérios e a cargo do Presidente das Províncias, até mesmo Uruguai, que foi um defensor ferrenho da justiça administrativa, admitia que esta era uma organização muito confusa, com raríssima regulamentação, permitindo invasões de jurisdições e de competências, ensejando que negócios da mesma natureza estivessem sujeitos ora à decisão do poder administrativo, ora à decisão do poder judicial e das Assembleias Provinciais²¹³.

O Segundo Reinado foi marcado pela consolidação da Independência do Brasil, por ações direcionadas para organizar um país nascente, na esfera legal, jurídica e administrativa. O modelo político administrativo adotado exigia um aparato legislativo que fundaria uma cultura jurídica própria, distinta da que havia sido herdada da metrópole portuguesa. Em um contexto de muitas novidades, que não poderia desconsiderar a influência das novas ideias provenientes das revoluções liberais, o Direito Administrativo, ciência ainda em formação na França, foi a doutrina utilizada para instrumentalizar, sistematizar e dar uniformidade às circunstâncias em que o Estado Imperial e sua Administração relacionavam-se com os administrados, circunscrevendo a esfera da justiça separada da administração e em consonância com a separação dos poderes políticos. Aquele momento sinalizava ser fundamental operar a modulação doutrinária do Direito Administrativo à realidade do Estado nacional brasileiro. Neste sentido, a criação dos cursos jurídicos esteve ligada ao processo de consolidação e de construção do Estado nacional brasileiro.

²¹² URUGUAI, Visconde de. **Ensaio sobre o Direito Administrativo**. Tomo I. Rio de Janeiro: tipografia Nacional 1862, p. 156.

²¹³ ANDRADE, Nuno de Pinheiro. **O contencioso Administrativo no Império e o Julgamento dos Atos Administrativos na República**. Rio de Janeiro: Typographia do Jornal do Comercio, 1915, p. 679.

Na visão de Ribas, o desenvolvimento da civilização moderna trouxe como resultado a multiplicação e o estreitamento das relações sociais, a ampliação dos recursos e necessidades públicas. Consequentemente, foi ampliada a vigilância e a repressão, tudo isso aliado a um progressivo desenvolvimento das instituições administrativas. Sob o regime colonial, da monarquia absoluta, não era possível que o Direito Administrativo se constituísse como ciência autônoma, pois a administração confundia-se com o governo, cujas ações não estavam sujeitas às regras gerais e fixas. No seu entendimento à época vigorava a ausência de princípios racionais ao lado da arbitrariedade, impedindo que o Direito administrativo fosse alçado à categoria de ciência.

A ideia de assentar a legislação administrativa em princípios racionais, e de organizá-la através de um corpo de doutrina, adveio das concepções filosóficas da revolução francesa de 1789. Comentou o jurista que foi no governo de Luiz XVIII que surgiu a ideia de criar uma cadeira de Direito Administrativo na Escola de Direito de Paris, sendo o doutrinador francês De Gerando incumbido de inaugurar o ensino dessa nova ciência. Entretanto a cadeira foi suprimida quando as forças antagônicas às ideias da revolução chegaram ao poder, sob o argumento de que tal ciência freava o arbítrio dos funcionários públicos, dando novas armas ao elemento democrático²¹⁴.

Nove anos depois, o governo francês, cedendo à pressão da opinião pública, restaurou a cadeira na Escola de Direito (Ord. de 24 de Março de 1819, art. 3º; 4 de Outubro de 1820, art. 1º n. 3 e 4; 19 de Junho de 1828 art. 1º), retornando De Gerando à sua árdua missão de compulsar, reunir e coordenar volumosas coleções, textos de leis e regulamentos para deles extrair a teoria filosófica que consta de sua obra *Institutas de Direito Administrativo Francês*. No entender de Ribas, foi a partir daí que se estabeleceu, na França, a ciência do Direito Administrativo, reconhecendo De Gerando como o seu fundador, tendo sua obra importada e nacionalizada no Brasil Imperial²¹⁵.

Os cursos superiores de Ciências Jurídicas de São Paulo e Olinda não contemplaram, de início, a cadeira de Direito Administrativo, pois na época de sua criação, em 1827, essa disciplina ainda se encontrava suprimida na universidade francesa. Mas na opinião de Ribas, a

²¹⁴ RIBAS, Antonio Joaquim. **Direito Administrativo Brasileiro**. Rio de Janeiro: F. L. Pinto &C, 1866, p. 9.

²¹⁵ Ibidem., p. 10.

experiência brasileira foi mostrando o quanto era necessária a implantação da disciplina de Direito Administrativo, não apenas para os que se dedicavam à carreira política, mas também para os que almejavam cargos administrativos, mas também para os juristas e advogados.

Comentou Ribas que no relatório que o ministro do Império, o Senador Campos Vergueiro, apresentou às Câmaras, em 1833, constava a sugestão de criar uma cadeira de Direito Administrativo para complementar os estudos das academias brasileiras. Mas foi apenas em 1851, quando ocorreu a revisão dos cursos jurídicos, é que foi satisfeita essa necessidade pelo poder Legislativo, sendo na mesma ocasião criada a cadeira de Direito Romano e autorizados novos estatutos para academias (Decreto nº 608, de 16 de agosto de 1851). Três anos depois, quando o Conselheiro Couto Ferraz era o ministro do Império, novos estatutos foram decretados e, no ano seguinte, em 1855, coube a Ribas a tarefa de lecionar a disciplina de Direito Administrativo na Faculdade de Direito de São Paulo²¹⁶.

3.2 O ENSINO JURÍDICO NO SEGUNDO REINADO

Após a independência do Brasil, em 1822, surge a necessidade de criar no território nacional uma Faculdade de Direito. O objetivo era formar operadores do Direito com perfil humanista para fortalecer a identidade cultural do país e construir o ordenamento jurídico, sem precisar importar a doutrina ensinada na Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra.

Segundo Plínio Barreto, citado por Alberto Venâncio Filho, quando o Brasil emancipou-se de Portugal, era uma terra sem cultura jurídica, pois o Direito, como as demais ciências, não interessava a uma população que mal sabia ler; o conhecimento estava restrito aos poucos homens abastados que podiam ir a Portugal estudar “no curso acanhado e rude que se processava na Universidade de Coimbra”²¹⁷. Entretanto foi exatamente uma pequena elite

²¹⁶ Ibidem., p. 11.

²¹⁷ VENÂNCIO FILHO, Alberto. **Das Arcadas ao Bacharelismo** (150 anos de ensino Jurídico no Brasil). São Paulo: Perspectiva. 2ª ed., 1982, p. 12-13.

formada em Coimbra que participou dos debates sobre a criação dos cursos jurídicos na Assembleia Constituinte de 1823, e na Assembleia Legislativa, a partir de 1826²¹⁸.

Segundo Alberto Venâncio Filho, o projeto da instalação desses cursos foi apresentado na Assembleia Constituinte pelo Deputado José Feliciano Fernandes Pinheiro, o Visconde de São Leopoldo, que desde o início já demonstrava sua preferência para instalar a academia na cidade de São Paulo. Mas o local de instalação foi objeto de muitas celeumas, debates regionalistas e disputas políticas. Miguel Calmon e Antônio Carlos entendiam que os locais ideais eram São Paulo e Olinda. Teixeira de Gouveia, Teixeira de Vasconcelos e Gomide defendiam a instalação em Minas Gerais; Montezuma e Pereira da Costa preferiam a Bahia; o Deputado Henriques de Resende opinou por Pernambuco; o Deputado Carneiro da Cunha desejava a Paraíba; a proposta do Deputado Costa Barros era a instalação no Maranhão, sem falar daqueles que desejavam a instalação na Corte²¹⁹. O Visconde de Cachoeiras chegou a redigir, em 1825, um estatuto para regulamentar a instalação no Rio de Janeiro²²⁰, porém não obteve êxito, pois o Imperador Dom Pedro I, ao sancionar, em 1827, a Carta de lei fundadora do ensino jurídico²²¹, determinou que as academias jurídicas seriam sediadas nas cidades de

²¹⁸ Ibidem., p. 15.

²¹⁹ ibidem., p. 17-19.

²²⁰ Ibidem., p. 19-20.

²²¹ Lei de 11 de agosto de 1827 – Cria dois cursos de Ciências Jurídicas e Sociais sediados nas cidades de São Paulo e Olinda.

Art. 1.º - Criar-se-ão dois Cursos de ciências jurídicas e sociais, um na cidade de S. Paulo e outro na de Olinda, e neles, no espaço de cinco anos, e em nove cadeiras, se ensinarão as matérias seguintes: 1.º Ano - 1ª Cadeira. Direito natural, público, Análise de Constituição do Império, Direito das gentes, e diplomacia. 2.º Ano - 1ª Cadeira. Continuação das matérias do ano antecedente. 2ª Cadeira. Direito público eclesiástico. 3.º Ano - 1ª Cadeira. Direito pátrio civil. 2ª Cadeira. Direito pátrio criminal com a teoria do processo criminal. 4.º Ano - 1ª Cadeira. Continuação do direito pátrio civil. 2ª Cadeira. Direito mercantil e marítimo. 5.º Ano 1ª Cadeira. Economia política. 2ª Cadeira. Teoria e prática do processo adoptado pelas leis do Império. Art. 2.º - Para a regência destas cadeiras o Governo nomeará nove Lentes proprietários, e cinco substitutos. Art. 3.º - Os Lentes proprietários vencerão o ordenado que tiverem os Desembargadores das Relações, e gozarão das mesmas honras. Poderão jubilar-se com o ordenado por inteiro, findos vinte anos de serviço (...) Art. 7.º - Os Lentes farão a escolha dos compêndios da sua profissão, ou os arranjarão, não existindo já feitos, com tanto que as doutrinas estejam de acordo com o sistema jurado pela nação. Estes compêndios, depois de aprovados pela Congregação, servirão interinamente; submetendo-se, porém, à aprovação da Assembleia Geral, e o Governo os fará imprimir e fornecer às escolas, competindo aos seus autores o privilégio exclusivo da obra, por dez anos. Art. 8.º - Os estudantes, que se quiserem matricular nos Cursos Jurídicos, devem apresentar as certidões de idade, porque mostrem ter a de quinze anos completos, e de aprovação da língua francesa, gramática latina, retórica, filosofia racional e moral, e geometria. Art. 9.º - Os que frequentarem os cinco anos de qualquer dos Cursos, com aprovação, conseguirão o grau de Bacharéis formados. Haverá também o grau de Doutor, que será conferido àqueles que se habilitarem com os requisitos que se especificarem nos Estatutos, que devem formar-se, e só os

São Paulo e Olinda. Todavia foram os estatutos do Visconde de Cachoeiras os adotados nos novos cursos jurídicos, determinando que as academias jurídicas fossem sediadas nas cidades de São Paulo e Olinda²²².

Sobre os objetivos dos cursos jurídicos, relatou Alberto Venâncio Filho ao citar Clóvis Bevilacqua, que os Estatutos do Visconde de Cachoeira mencionavam a intenção de formar “homens hábeis para serem um dia sábios magistrados e peritos advogados”, profissionais que tanto carecia o Império, assim como “dignos Deputados e Senadores para ocuparem os lugares diplomáticos e mais empregos do Estado”. Esses Estatutos davam grande importância à história do Direito e também indicavam os livros que deveriam ser adotados em todas as cadeiras. O Visconde de Cachoeira recomendava que não se adotassem os Estatutos da Universidade de Coimbra, por apresentarem demasiada erudição, exagerada profusão do Direito Romano e por ensinar muito pouco a respeito da jurisprudência pátria, sendo pobre, naquela Universidade, o ensino de Direito Natural, Público e das Gentes, matérias consideradas importantes em função da realidade brasileira²²³.

Vendo por outro ângulo, ao analisar a criação dos cursos jurídicos pela Carta de Lei de 11 de agosto de 1827, Luís Werneck Vianna asseverou que as instituições visavam, sobretudo, a formação de uma nova elite estatal. A internalização do Direito, segundo ele, tinha como foco muito mais o preenchimento dos quadros do Estado emergente do que a necessidade de formar um quadro de profissionais para representar os conflitos interindividuais ou conflitos entre o indivíduo e o Estado. A prioridade era formar o jurista político, em especial, o homem de direito público. Para Vianna, a figura do advogado

que o obtiverem, poderão ser escolhidos para Lentes. Art. 10.º - Os Estatutos do Visconde da Cachoeira ficarão regulando, por ora, naquilo em que forem aplicáveis; e se não opuserem à presente Lei. A Congregação dos Lentes formará quanto antes uns estatutos completos, que serão submetidos à deliberação da Assembleia Geral. Art. 11.º - O Governo criará nas Cidades de S. Paulo, e Olinda, as cadeiras necessárias para os estudos preparatórios declarados no art. 8.º. Mandamos, portanto, a todas as autoridades, a quem o conhecimento e execução da referida lei pertencer, que a cumpram e façam cumprir e guardar tão inteiramente, como nela se contém. O Secretário de Estado dos Negócios do Império a faça imprimir, publicar e correr. Dada no Palácio do Rio de Janeiro, aos 11 dias do mês de agosto de 1827, 6º ano da Independência e do Império.

Imperador com rubrica e guarda

Visconde de São Leopoldo

²²² VENÂNCIO FILHO, Alberto. **Das Arcadas ao Bacharelismo** (150 anos de ensino Jurídico no Brasil). São Paulo: Perspectiva. 2ª ed., 1982, p. 28.

²²³ Ibidem., p. 31-32.

militante estava em segundo plano naquele contexto, e só veio a se destacar nessa atividade após estruturada a sociedade civil brasileira. E mesmo quando isto veio a ocorrer, o causídico não se desprende da cultura jurídica em que foi formado, que enfatizava disciplinas voltadas para a construção do Estado²²⁴.

O novo Estado Imperial desejava criar um centro de formação de quadros de elite para gerir a administração pública, que deveria demonstrar desempenho escolar. Era tão grande a preocupação em torno da formação deste profissional que a própria bibliografia acadêmica foi objeto de pesadas disputas e discussões, em sede de debates parlamentares. Os discursos enfatizavam que os juristas deveriam preencher os quadros do Estado emergente, sendo a política vista como derivação da norma e da regra jurídica, e não como uma expressão de interesses. Segundo Vianna, a importância da atuação desses profissionais seria a de acabar com o atraso da sociedade. Mas a elite política que ingressava nos quadros do Estado, saída das universidades, não havia sido formada para cultivar o saber desinteressado, nem o gosto pela indagação científica. Essa elite não representava a sociedade, mas se portava como um representante do Estado que, por sua vez, mantinha o domínio político sobre esta sociedade²²⁵.

Vianna, ao citar José Murilo de Carvalho, comentou que o governo central sempre esteve atento para supervisionar as escolas superiores, particularmente o curso de Direito: os diretores e professores eram nomeados pelos Ministros do Império, os programas e manuais tinham que ser aprovados pelo Parlamento, os relatórios ministeriais eram cheios de comentários, críticas e sugestões referentes a estas escolas que eram reformadas com frequência²²⁶.

A instalação e funcionamento dos cursos jurídicos havia sido tarefa árdua em um país carente de quadros humanos e equipamento material. Os cursos tiveram que funcionar em velhas instituições eclesiásticas: o curso de São Paulo foi instalado no Convento de São Francisco, o de Olinda, inicialmente, no Convento de São Bento, sendo transferido, em 1852,

²²⁴ Ibidem., p. 20.

²²⁵ Idem.

²²⁶ VIANNA, Luis Werneck. **Ensaio sobre Política, Direito e Sociedade**. São Paulo: HUCITEC, 2015, p. 22.

para o Palácio dos Antigos Governadores e, em 1854, para a cidade de Recife, passando a se chamar Faculdade de Direito de Recife²²⁷.

A carência do quadro de professores obrigou a contratação de muitos portugueses²²⁸ e, segundo Beviláqua, citado por Alberto Venâncio Filho, os cursos jurídicos de São Paulo e Olinda, em seus primeiros anos, eram “arremedos de Coimbra”, sendo visível a influência da cultura portuguesa no ensino, no foro e na doutrina na primeira metade do Século XIX²²⁹. Os relatórios prestados sobre o estado da academia informavam problemas como a baixa assiduidade dos professores e alunos, revelando um sofrível desempenho.²³⁰ Segundo Alberto Venâncio Filho, em 1º de dezembro de 1837, o padre Lopes Gama, considerado um dos mais atuantes diretores do curso jurídico de Olinda, apontou como causas desse insucesso a má escolha dos Lentes que, além de terem sido selecionados “por escandaloso patronato”, não gozavam de nenhum crédito literário, acrescido a isso os baixos ordenados e a insuficiência dos Estatutos quanto ao modo de prover os lugares dos Lentes²³¹.

Esses depoimentos desfavoráveis motivaram a necessidade de uma reforma, que veio com o Decreto legislativo nº 608, de 16 de agosto de 1851, autorizando o Governo a elaborar novos Estatutos, tanto para os cursos jurídicos como para escola de medicina, criando mais duas cadeiras: a de Direito Administrativo, sob o signo da influência francesa, e a de Direito Romano²³². Os novos Estatutos vieram com a publicação do Decreto 1.386, de 28 de abril de 1854, que estabeleceu outra estrutura dos cursos jurídicos que persistiu até a modificação radical empreendida pela Reforma do Ensino Livre, do Conselheiro Carlos Leôncio de Carvalho, em 1879²³³.

²²⁷ VENÂNCIO FILHO, Alberto. **Das Arcadas ao Bacharelismo** (150 anos de ensino Jurídico no Brasil). São Paulo: Perspectiva. 2ª ed., 1982, p. 68.

²²⁸ Ibidem., p. 28.

²²⁹ Ibidem., p. 53.

²³⁰ Ibidem., p. 54.

²³¹ Ibidem., p. 35.

²³² Ibidem., p. 65.

²³³ Ibidem., p. 66

A introdução curricular da cadeira de Direito Administrativo somente ocorreu 1851, durante o Ministério do Marques do Monte Alegre. Mas esta disciplina já estava sendo ministrada na Faculdade de São Paulo, desde 1833, pelo Ministro do Império, Senador Santos Vergueiro, formado pela Universidade de Coimbra²³⁴. Nesta Universidade, só após decorridos quatro anos é que a disciplina de Direito Administrativo foi lecionada, na prática, por Antônio Ribas (Conselheiro Ribas). A obra de Ribas, “premiada e aprovada pela Resolução Imperial de 9 de fevereiro de 1861, para o curso das aulas da Faculdade de Direito de Recife e de São Paulo”, foi concluída em 1860, mas somente veio ser adotada cinco anos mais tarde²³⁵.

Segundo Caio Tácito, o livro de Antônio Ribas não foi o primeiro a tratar sobre o Direito Administrativo, pois, desde 1857, Vicente Pereira do Rego, lente catedrático da primeira cadeira do quinto ano da Faculdade de Direito de Recife, já teria publicado o livro *Elemento de Direito Administrativo Brasileiro, comparado com o Direito Administrativo Francês, segundo o Método de P. Pradier Fodéré*, reeditado posteriormente em 1860 e 1877, como veremos a seguir. Outro livro sobre a matéria foi o *Direito Administrativo Brasileiro*, publicado no Rio de Janeiro, em 1859, de autoria de Veiga Cabral, sendo este um livro expositivo, com visível influência da nascente doutrina francesa, assim como foi a doutrina de Antônio Joaquim Ribas e do Visconde do Uruguai:

Pradier Fodéré é o modelo confessado do compêndio de Vicente Pereira do Rego. O livro de Veiga Cabral se abebera nos trabalhos de Cormenin, Macarel, Gerando, Proudhon, Foucart e outros. É também em fontes francesas que se abastece a obra de Ribas, assim como o notável Ensaio sobre o Direito Administrativo, do Visconde do Uruguai, editado em dois volumes, pela Tipografia Nacional, no ano de 1862²³⁶.

O Decreto nº 3.454, de 26 de abril de 1865, determinou que os cursos das faculdades de Direito se dividiriam em duas seções – Ciências Jurídicas e Ciências Sociais – nas quais

²³⁴ Site da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Disponível em: <http://www.direito.usp.br/faculdade/diretores/index_faculdade_diretor_04.php>. Acesso em: 20 jun 2018.

²³⁵ TÁCITO, Caio. Presença norte-americana no direito administrativo brasileiro. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro, v. 129, 1977, p. 21. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/42480>>. Acesso em: 19 jun 2019.

²³⁶ Ibidem., p. 22.

seriam ministradas as cadeiras de Direito Natural, Privado e Público, Análise da Constituição, Direito Internacional e Diplomacia, Direito Administrativo e Economia Política e Direito Eclesiástico²³⁷. A configuração dos cursos começou a ser questionada entre 1870 a 1879, dando origem à Reforma do Ensino Livre. O contexto inicial desse período foi marcado pela primeira guerra mundial e pela instalação da Terceira República, sendo finalizado com o término da guerra do Paraguai e com a fundação do Partido Republicano²³⁸.

Neste período surgem com força no Brasil as ideias trazidas do liberalismo clássico, advindo das fontes filosóficas europeias. Os princípios do novo liberalismo científico tinham como ponto de partida a crença fundamental da liberdade humana e o cientificismo da Ilustração brasileira, que pregava a liberdade do ensino livre, sem qualquer limitação, cuja missão educadora era pautada na consciência livre, na abolição da escravidão, emancipação da mulher, na fé no poder da concorrência.

Os fundamentos do Ensino livre, que tinham como base a instrução popular, a democratização do ensino e a liberdade de ensinar, eram bem divergentes das características das universidades imperiais, cuja missão era a formação de uma elite ilustrada para acelerar a marcha histórica do país. O liberalismo do século XIX fortaleceu os movimentos tendentes a acabar com o privilégio de acesso ao ensino das classes mais abastadas e com a negação deste acesso aos jovens das classes populares²³⁹. Essa mudança ideológica desencadeou a Reforma Leôncio de Carvalho, disciplinada pelo Decreto nº 7.247, de 19 de abril de 1879, que foi a última reestruturação sofrida no Império pelas faculdades de Direito. Entre outras ações, a Reforma veio autorizar o funcionamento de faculdades livres, desde que seguissem o currículo e os exames das imperiais, regulamentar formas de funcionamento, inaugurar o ensino superior privado no Brasil, suspender a frequência obrigatória nos estabelecimentos de instrução superior dependentes do Ministério do Império²⁴⁰.

²³⁷ VENÂNCIO FILHO, Alberto. **Das Arcadas ao Bacharelismo** (150 anos de ensino Jurídico no Brasil). São Paulo: Perspectiva. 2ª ed., 1982, p. 68-69.

²³⁸ Ibidem., p. 75.

²³⁹ Ibidem., p. 81.

²⁴⁰ Ibidem., p. 66.

Na análise de José Sebastião de Oliveira e Vitor Toffoli, a Universidade de Recife formou eminentes juristas, como Tobias Barreto, Silvio Romero e Clovis Bevilacqua, autor do anteprojeto do primeiro Código Civil, sendo este curso mais direcionado para a formação de magistrados, promotores, servidores públicos, ao passo que o curso de São Paulo destacou-se por formar uma elite política brasileira, sendo inclusive chamado de a “República dos Bacharéis”, com nove futuros presidentes formados naquela academia²⁴¹. Essa assertiva foi comprovado por Teotônio Simões, ao estudar a história das classes dominantes brasileiras e o papel que os bacharéis de Direito desempenharam no processo político nacional. Após análise sucinta sobre as pessoas que pertenceram ao corpo docente e discente das duas universidades, a conclusão de Simões é que a linha política predominante na Faculdade de São Paulo foi a liberal radical, sendo que a do curso de Olinda/Recife foi marcada por uma linha política mais conservadora²⁴².

3.3 DOUTRINADORES DO DIREITO ADMINISTRATIVO

Os primeiros trabalhos doutrinários da matéria jurídica administrativa no Brasil começaram a despontar após a criação da cadeira de Direito administrativo nos cursos jurídicos. Os doutrinadores administrativistas eram homens públicos, assim definidos por Nestor Duarte:

O homem público brasileiro, seja ele o político que exerce o poder governamental, seja o preposto da administração, seja o que desempenha vida partidária e constitui partidos, é, tanto quanto represente uma expressão média e típica de nossa vida pública, o lógico produto do processo social [...].

Toda as vezes que quisermos fazer a crítica desse homem público, como a análise de nossa vida política, é forçoso prolongar no passado a explicação do seu caráter, de suas qualidades e defeitos, de sua personalidade enfim, porque este homem em si,

²⁴¹ OLIVEIRA, José Sebastião de; TOFFOLI, Vitor. O ensino jurídico em nosso país no período imperial e no primeiro momento republicano, sua evolução histórico-metodológica e suas consequências na contemporaneidade. **Sistema Jurídico e Direitos fundamentais individuais e Coletivos**. 1. ed. Florianópolis: Fundação Bouitex, 2012, p. 8648-8675. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=6c14da109e294d1e>>. Acesso em: 20 jun 2019.

²⁴² SIMÕES NETO, Francisco Teotônio. **Os bacharéis na política: a política dos bacharéis**. 1983. Tese (Doutorado em Ciências Sociais) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 1983. Disponível em: <<http://www.ebooksbrasil.org/eLibris/bachareisteo.html>>. Acesso em: 20 jul 2019.

com sua mentalidade contemporânea e intenções atuais, pouco vale e significa sem esse passado de forte peso tradicional, que o define e que o formou, esculpindo-lhe sentimentos e hábitos sociais, como costumes mentais e morais.

[...] Um dos dramas do homem público entre nós, está nas contradições de nosso passado político. Ele terá que fazer um grande esforço de abstração para conceber e criar uma nação brasileira à moderna, seguindo as fórmulas e os princípios das agremiações superiores, e voltar-se imediata e violentamente para a massa informe e inorganizada de uma realidade que lhe oferece estádios sociais inatuais para o seu tempo e para o espírito logicamente contemporâneo de suas ideias e concepções políticas. Para ele se inverte o dissídio dos fatos e das ideias. Se é comum na estrutura jurídica, os fatos se renovarem e imporem modificações na lei e nas ideologias – ‘luta dos fatos contra a lei’ – entre nós, face a realidade política, são as ideias e as leis que as representam, que lutam contra os fatos no esforço de que as representam, que lutam contra os fatos no esforço de renovação e modificação que eles impedem e contrariam. E como é nesse homem que se representa esse passado, é nele que se chocam as suas contradições²⁴³.

Seguindo o pensamento de Nestor Duarte sobre a importância de conhecermos a trajetória do homem público na análise de seu discurso, apresentaremos nesse tópico uma breve biografia dos doutrinadores de Direito Administrativo do Segundo Reinado.

3.3.1 Vicente Pereira do Rego

Caio Tácito, professor da Faculdade de Direito do Rio de Janeiro, afirmou que Vicente Pereira do Rego foi o doutrinador pioneiro da bibliografia de Direito Administrativo na América Latina, e possivelmente o primeiro das três Américas que abriu o caminho para o desenvolvimento dessa disciplina no país²⁴⁴.

Rego nasceu em Recife, em 3 de junho de 1812, graduou-se em Direito na Faculdade de Direito de Olinda, em 1840, concluiu o doutoramento em 1855 e, em junho daquele ano, ingressou como professor substituto²⁴⁵ na faculdade pernambucana, tornando-se catedrático em 15 de maio de 1857²⁴⁶.

²⁴³ DUARTE, Nestor. **A ordem privada e a organização política e nacional** (contribuição à Sociologia Brasileira). 2ª ed. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1966, p. 119-120.

²⁴⁴ TÁCITO, Caio. O Primeiro Livro sobre Direito Administrativo na América Latina. In: **Temas de Direito Público**, Volume I. Rio de Janeiro: Renovar, 1997, p. 9-10.

²⁴⁵ MARTINS, Henrique. **Lista Geral dos Bacharéis e doutores que tem obtido o respectivo grau na Faculdade de Direito do Recife**: desde a sua fundação em Olinda no ano de 1828 até o ano de 1931. Recife:

Na condição de professor substituto, foi designado para lecionar a recém implantada disciplina de Direito Administrativo brasileiro, obtendo a autorização da faculdade para utilizar em suas aulas os livros dos doutrinadores franceses. Observando a dificuldade de seus alunos em absorver e aplicar a teoria estrangeira às instituições pátrias, Rego sistematizou as lições de aula em livro intitulado “*Elementos de Direito Administrativo Brasileiro comparado com o Direito Administrativo Francês, segundo o método de P. Pradier-Fodéré*”, apresentada em dois volumes e editado pela Tipografia Universal, em 1857²⁴⁷. No prefácio deste livro, Rego faz uma dedicatória em agradecimento ao Barão de Camaragipe, que à época ocupava o cargo de Diretor da Faculdade de Direito de Recife. Assinalou, ainda, que sua obra teria sido inspirada no Direito Administrativo francês, por considerá-la a doutrina mais apropriada para dela extrair os princípios gerais do direito administrativo brasileiro²⁴⁸.

A segunda edição do seu livro foi publicada em 1860, com o título *Elementos de Direito Administrativo Brasileiro, para uso das Faculdades do Império*²⁴⁹. Por fim, a terceira e última edição, publicada em 1877, foi intitulada *Compendio do Direito Administrativo ou as Repetições escritas sobre Elementos de Direito Administrativo, aprovado pelo governo imperial para ser aplicado nas Faculdades do Império*²⁵⁰.

Diário da Manhã, 1931, p. 93. Disponível em: <<https://www.ufpe.br/documents/590249/648926/Lista+geral+dou+bacharéis+e+doutores+nos+anos+de+1828+-+1931.pdf/34cde9c8-2cfe-44f0-be63-8170280b3911>>. Acesso em: 24 mai 2019.

²⁴⁶ Em 1857, através do Decreto de 17 de abril de 1857, o Dr. Vicente Pereira do Rego foi nomeado lente da 3ª cadeira do 5º ano da Faculdade de Direito de Recife, em lugar do Conselheiro Zacharias de Goes e Vasconcellos que teria sido jubilado. Fonte: Diário de Pernambuco. Ano XXXIII, nº 106, de 9 de maio de 1857. Disponível em: <http://memoria.bn.br/DocReader/029033_03/8871>. Acesso em: 24 mai 2019. E passou a catedrático com a remoção de José Bonifácio de Andrada e Silva para a Faculdade de São Paulo. Disponível em: <<http://memoria.bn.br/DocReader/720968/5155>>. Acesso em: 24 mai 2019.

²⁴⁷ Coleção Digital de Jornais e Revistas da Biblioteca Nacional. Jornal Diário de Pernambuco de 8/4/1857, Ano XXXIII, nº 80, p. 2. Disponível em: <http://memoria.bn.br/DocReader/029033_03/8756>. Acesso em: 24 mai 2019.

248 REGO, Vicente Pereira do. **Elementos de Direito Administrativo Brasileiro comparado com o Direito Administrativo francês segundo o método de P. Pradier Fodéré**. Recife: Typographia Universal, Tomo I, 1857, p. I-III (prefácio).

²⁴⁹ Coleção Digital de Jornais e Revistas da Biblioteca Nacional. Diário de Pernambuco de 19/3/1860, Ano XXXVI, nº 65, p. 5, na Seção de Publicação Jurídica. Disponível em: <http://memoria.bn.br/DocReader/029033_04/517>. Acesso em: 25 mai 2019.

²⁵⁰ Coleção Digital de Jornais e Revistas da Biblioteca Nacional. Diário de Pernambuco, edição nº 62, de 16/3/1877, p. 6. Disponível em: <http://memoria.bn.br/DocReader/029033_05/17163>. Acesso em: 24 mai 2019.

A sua jubilação como lente da Faculdade de Direito de Recife ocorreu por força do Projeto 113, de 1877²⁵¹, aprovado pela Câmara, na Sessão de 25 de julho de 1877²⁵². Seu falecimento, no dia 06 de setembro de 1877, foi noticiado pela imprensa, bem como a nomeação do lente substituto João Thomé da Silva, que passou a ocupar a 3ª cadeira do 5º ano da Faculdade de Recife²⁵³.

3.3.2 José Antônio Pimenta Bueno – Marques de São Vicente

José Antônio Pimenta Bueno nasceu na cidade de Santos, São Paulo, em 4 de dezembro de 1803. Filho adotivo de uma família modesta, ingressou no serviço público da província de São Paulo aos 21 anos de idade, como amanuense do tesouro provincial. Em 1827, trabalhou como redator do Farol Paulistano, primeiro periódico impresso na capital de São Paulo. Sua carreira jurídica inicia-se em 1828, ao ingressar na primeira turma do Curso Jurídico de São Paulo e, após graduar-se em 1832, ocupou diversos cargos, como o de juiz de fora, juiz da Alfândega, chefe da Polícia em Santos e de juiz de direito da comarca do Paraná. Em 1834, ingressou na política como deputado provincial por São Paulo, apadrinhado por Martim Francisco Ribeiro de Andrada, irmão de José Bonifácio e Antônio Carlos Ribeiro de Andrada. Entre 1835 e 1837 foi presidente da província do Mato Grosso, indicado pela regência de Diogo Antônio Feijó. Em 1842, foi promovido a desembargador do tribunal da Relação do Maranhão e, em 1844, exerceu a função de enviado plenipotenciário em Assunção, por ocasião do restabelecimento das relações com o Paraguai, interrompidas desde 1829. Ao retornar ao Brasil, em 1845, assumiu o cargo de deputado geral em São Paulo (legislatura 1845-1847). Em 1847, atuou como Desembargador do Tribunal da Relação da

²⁵¹ Coleção Digital de Jornais e Revistas da Biblioteca Nacional. Jornal Diário de Pernambuco (Ano LIII, nº 161), de 10/7/1877, p. 3. Disponível em: <http://memoria.bn.br/DocReader/029033_05/17951>. Acesso em: 24 mai 2019.

²⁵² Coleção Digital de Jornais e Revistas da Biblioteca Nacional. Jornal Diário de Pernambuco, Ano LIII, nº 183, p. 8, de 10/8/1877. Disponível em: <http://memoria.bn.br/DocReader/029033_05/18134>. Acesso em: 24 mai 2019.

²⁵³ Coleção Digital de Jornais e Revistas da Biblioteca Nacional. Jornal do Recife de 16 de outubro de 1877, p. 1, Ano XX, nº 238. Disponível em: <<http://memoria.bn.br/DocReader/705110/13493>>. Acesso em: 25 mai 2019.

Corte, sendo nomeado, em 1848, Secretário de Estado dos negócios Estrangeiros, assumindo cumulativamente a pasta dos Negócios da Justiça. Durante parte de sua vida militou no Partido Liberal, do qual afastou-se por questões internas, vindo a se aproximar do Partido Conservador.

Atuando neste partido, foi nomeado, em 1850, presidente de província do Rio Grande do Sul e, em 1852, foi eleito senador pela província de São Paulo. Passou a integrar o Conselho de Estado, em 1859, como árduo defensor da monarquia, destacando-se no movimento abolicionista. Em 1870, como Presidente do Conselhos de Ministros, chefiou o gabinete e a Secretaria de Negócios Estrangeiros. Pimenta Bueno escreveu importante e vasta bibliografia jurídica, sendo suas obras consideradas referência no estudo do direito constitucional brasileiro do século XIX. O livro mais conhecido de sua autoria, e que aqui trabalhamos, foi o *Direito público brasileiro e análise da constituição do Império*, publicado em 1857, época em que atuou como Senador em São Paulo. Em 1867, recebeu o título de Visconde de São Vicente e, em 1873, o de Marquês de São Vicente. Morreu no Rio, em 19 de fevereiro de 1878²⁵⁴.

3.3.3 Prudêncio Giraldes Veiga Cabral

Prudêncio Giraldes Tavares da Veiga Cabral nasceu em Cuiabá, em 22 de abril de 1800, e faleceu em São Paulo, em 09 de Janeiro de 1862. Formou-se em Direito na cidade de Coimbra, em Portugal. Ao concluir o curso, regressou ao Brasil, em 1822, e aqui exerceu várias funções, como a de Juiz de fora, da Vila do Rio Grande do Sul, ouvidor da Comarca do Ceará, auditor Geral do Exército na Província de Cisplatina e Desembargador da relação do Maranhão. Veiga Cabral também foi lente da cadeira de Direito Civil Pátrio, da Faculdade de Direito de São Paulo e, por duas vezes, assumiu o cargo de diretor daquela instituição. Em

²⁵⁴ Arquivo Nacional. MAPA: **Memória da Administração Pública Brasileira**. Disponível em: <<http://mapa.arquivonacional.gov.br/index.php/publicacoes/2/70-biografias/572-jose-antonio-pimenta-bueno-marques-de-sao-vicente>>. Acesso em: 02 mai 2019.

1834, recebeu o título de Doutor. Foi membro do Instituto Histórico e Geográfico Brasileiro (IHGB), do Conselho do Imperador e Comendador da Ordem de Cristo²⁵⁵.

Segundo Alberto Venâncio Filho, na ocasião em que Cabral lecionou a cadeira de Direito Civil, do terceiro ano da Faculdade de São Paulo, além de não ser assíduo, “demonstrava fortes preconceitos raciais, implicava com os estudantes de cor, ao ponto de não permitir que lhe estendesse a mão. Conta-se que uma vez ofereceu o pé a um deles que o queria cumprimentar”²⁵⁶.

Na Introdução do seu livro *Direito Administrativo*, Veiga Cabral advertiu que aquela não era uma obra didática e que o seu objetivo era expor um projeto de Código Administrativo brasileiro, compreendendo as instituições, coordenando princípios e legislações daquela época e sugerindo reformas para o melhoramento das Administrações provinciais e municipais. Segundo o próprio autor, seu livro não foi dirigido apenas aos estadistas, funcionários públicos, aos alunos das Faculdades de Direito, mas a todos os que desejassem “conhecer os direitos e deveres dos cidadãos no exercício das liberdades públicas; os direitos e deveres da administração nas suas relações com os cidadãos, com a sociedade”²⁵⁷.

A doutrina de Cabral foi inspirada nos trabalhos de Cormenin e Macarel, seguidores da prática de Degerando, e na doutrina de Proudhon e Foucart, que abriram a estrada do ensino deste ramo do Direito. Reconheceu também a influência de Dufour, Firmin Laferrière, Vivien, Magnitot, Branch Serrigny e Adolphe Chauveau, cujas teorias poderiam ser aplicáveis ao Estado imperial brasileiro, bem como da doutrina de Florent-Lefebvre, Cabantous e Predier Fodéré, autores que escreveram em regimes opostos²⁵⁸.

3.3.4 Antonio Joaquim Ribas

²⁵⁵ Disponível em: <<http://www.portalmatogrosso.com.br/matopedia/cabral-prudencio-giraldes-tavares-da-veiga/31406>>. Acesso em: 02 mai 2019.

²⁵⁶ VENÂNCIO FILHO, Alberto. **Das Arcadas ao Bacharelismo** (150 anos de ensino Jurídico no Brasil). São Paulo: Perspectiva. 2ª ed., 1982, p. 41.

²⁵⁷ CABRAL, Prudencio Giralde Veiga. **Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Typographia Universal de Laemmert, 1859, p. v (introdução).

²⁵⁸ Ibidem., p. viij-jx (introdução).

Antônio Joaquim Ribas, o Conselheiro Ribas, nasceu na cidade do Rio de Janeiro, em 28 de abril de 1820²⁵⁹. Na juventude, Ribas veio para São Paulo para estudar no Curso Anexo da Academia paulista, uma espécie de curso preparatório para ingresso na Faculdade de Direito. Nesta época, adquiriu amplos conhecimentos de história, filosofia, literatura, latim, grego, francês, italiano e alemão, tendo sido aprovado no curso de Ciências Jurídicas e Sociais daquela Universidade. Ribas recebeu o título de bacharel, em 1840 e, no ano seguinte, o grau de doutor, passando a dar aulas de História Universal no Curso Anexo²⁶⁰.

Entre os anos de 1850 a 1861 dedicou-se à carreira política e, em diversas legislaturas, foi eleito Deputado da Assembleia de São Paulo, sendo reconhecido como um grande orador, de correta dicção e pela lógica severa de seus argumentos. Participou de diversas comissões importantes, tanto do governo provincial como do geral, participando como membro da comissão revisora do projeto do Código Civil²⁶¹.

Em 19 de julho de 1854, foi nomeado professor substituto da Academia de Direito do Largo de São Francisco. Reconhecido por sua perspicácia jurídica e pelo seu talento didático, lecionou as mais diversas matérias, destacando-se em Direito Civil, Direito Natural, Direito Administrativo, Direito Público, Direito Eclesiástico e Economia Política. Entretanto foi como civilista que Ribas destacou-se. Foi nomeado, em 1860, pela Carta imperial, de 2 de outubro, lente catedrático da disciplina de *Direito Civil pátrio, análise e comparação do direito romano*, da Universidade de Direito de São Paulo, tornando-se uma das maiores expressões do direito brasileiro da época. No decorrer de sua vida, Ribas também dedicou-se aos estudos históricos e geográficos, tornando-se sócio do Instituto Histórico, em 1861²⁶².

²⁵⁹ BLAKE, Augusto Victorino Alves Sacramento. **Diccionario Bibliographico Brasileiro**. v. 1, Rio de Janeiro: Typographia Nacional, 1883, p. 203.

²⁶⁰ Ibidem., p. 204.

²⁶¹ BARROS JÚNIOR, C. S. DE. Antonio Joaquim Ribas (o conselheiro Ribas). **Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo**, v. 69, n. 2, p. 239, 1974. Disponível em: <<https://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/66742>>. Acesso em: 30 mai 2019.

²⁶² BLAKE, Augusto Victorino Alves Sacramento. **Diccionario Bibliographico Brasileiro**. v. 1, Rio de Janeiro: Typographia Nacional, 1883, p. 204.

Lecionou, com proficiência, o direito público, e foi nessa época que organizou as primeiras lições de Direito Administrativo ministradas na Academia de São Paulo, cujo compêndio veio a ser premiado e aprovado pela resolução imperial de 9 de fevereiro de 1861, para uso das faculdades de direito do Recife e de São Paulo, publicando, em 1866, o livro *Direito Administrativo Brasileiro*²⁶³.

Segundo Barros Júnior, este livro foi perfeito para a época, considerado uma das melhores publicações sobre o direito administrativo no Império, sendo que algumas matérias ali expostas, como por exemplo, a “natureza das funções administrativas” e as divisões que delas se podia fazer, foram por muito tempo citadas pelos autores posteriores²⁶⁴. Em 1883, ao retornar ao Rio de Janeiro, Ribas atuou como advogado e recebeu a comenda da Ordem de Cristo por seus serviços prestados às letras, vindo a falecer em 22 de fevereiro de 1890, em Petrópolis²⁶⁵.

3.3.5 Paulino José Soares de Sousa – Visconde do Uruguai

Paulino José Soares de Sousa, o Visconde do Uruguai, nasceu em Paris, em 4 de outubro de 1807, e faleceu no Rio, em 15 de julho de 1866. O seu pai era brasileiro, nascido em Minas Gerais, estudou medicina na França e, depois de formado, foi médico do exército de Napoleão. Sua mãe era francesa, filha de um livreiro que teria sido guilhotinado pelos jacobinos. Segundo José Murilo de Carvalho, a infância de Paulino foi marcada pela Revolução Francesa. Quando contava com sete anos de idade a família retornou ao Brasil e, em 1823, como ainda não havia cursos de Direito no Brasil, Paulino foi estudar na Universidade de Coimbra, vindo a concluir o curso em 1831, na Faculdade de Direito de São Paulo. Em Coimbra, inicia amizade com outro estudante brasileiro, Honório Hermeto

²⁶³ BARROS JÚNIOR, C. S. DE. Antonio Joaquim Ribas (o conselheiro Ribas). **Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo**, v. 69, n. 2, p. 241.

²⁶⁴ Ibidem., p. 252.

²⁶⁵ Ibidem., p. 253.

Carneiro Leão, futuro Marques do Paraná. Na época de estudante, Paulino tinha aspirações republicanas, mudando a sua orientação após a formatura²⁶⁶.

Segundo Murilo de Carvalho, o início da vida pública de Paulino coincidiu com a criação de laços de parentescos entre vários políticos jovens e sem fortuna, que se casaram com filhas de proprietários rurais no Rio de Janeiro. Foi através dessa rede de conhecimentos, formada no início do período regencial, que levou Paulino a se reunir com Joaquim José Rodrigues Torres e Eusébio Pascoal, formando a famosa trindade Saquarema, apelido dado aos membros do partido conservador. Este grupo apoiava, inicialmente, os liberais moderados, comandados por Evaristo da Veiga²⁶⁷.

Paulino iniciou a vida pública na magistratura como juiz na Corte do Rio de Janeiro (1832), chegou a atuar como desembargador da Relação da Corte (1852) e se aposentou como ministro do Supremo Tribunal de Justiça (1857)²⁶⁸. Ingressou na política como deputado no Geral, no Rio de Janeiro, e foi nomeado Presidente da província do Rio de Janeiro (1836-1840)²⁶⁹. Em maio de 1840, recebeu a pasta da Justiça, caindo com o ministério um mês depois, em virtude da maioria de Pedro II. Retornou a esta pasta no ano seguinte, na qual permaneceu até 1843²⁷⁰. Foi também Ministro dos Negócios Estrangeiros (1843-1844 e 1849-1853), tendo tratado da extinção do tráfico de escravos e da guerra do Prata²⁷¹. Ocupou também o cargo de Senador do Império (1849), na bancada do Partido Conservador e foi Conselheiro de Estado (1853). Em 1854, Paulino recebeu o título de Visconde do Uruguai, acrescido com as honras de grandeza²⁷².

Já com este título, Paulino ajudou a moldar a geração de conservadores que iria comandar os destinos do partido durante as décadas de 1850 e 1860, período no qual afastou-

²⁶⁶ CARVALHO, José Murilo (org). **Visconde do Uruguai 1807-1866**. São Paulo: Ed. 34, 2002 (Coleção Formadores do Brasil), p. 11-13 (introdução).

²⁶⁷ Ibidem., p. 15.

²⁶⁸ Ibidem., p. 16.

²⁶⁹ Ibidem., p. 17.

²⁷⁰ Ibidem., p. 19-20.

²⁷¹ Ibidem., p. 21-24.

²⁷² Ibidem., p. 24.

se progressivamente das atividades partidárias²⁷³. Durante os 15 anos em que comandou o Partido Conservador (1840-1855), produziu vasta correspondência política, e esta grande experiência prática o inspirou a escrever os livros *Ensaaios sobre Direito Administrativo*, publicado em 1862 e *Estudos Práticos*, em 1865²⁷⁴.

3.3.6 José Rubino de Oliveira

José Rubino de Oliveira nasceu em São Paulo, na cidade de Sorocaba, no dia 24 de agosto de 1837. Era filho de uma família muito humilde e, quando jovem, exerceu o ofício de seleiro. O jovem José Rubino aprendeu as primeiras letras na cidade natal, deslocando-se, posteriormente, para São Paulo, onde ingressou no Seminário Episcopal, talvez desejoso de seguir a carreira eclesiástica, um dos refúgios intelectuais do Brasil para jovens de talento e poucas posses. Apesar de manter-se fiel ao catolicismo, abandonou o curso do Seminário para estudar Direito na Faculdade de São Paulo, tendo concluído o curso em 8 de novembro de 1868 e obtido o grau de Doutor, em 1869. Em 1871, desejoso de obter mais rapidamente o sucesso profissional, abriu um escritório de advocacia em Atibaia e, em 1879, após tentar vários concursos, foi classificado em primeiro lugar no certame para o provimento de vaga de professor substituto da cadeira de Direito Natural, vencendo também o preconceito de cor.

José Rubino de Oliveira logrou prender a atenção e estima de seus alunos e colegas de magistério e assumiu a titularidade da Cadeira de Direito Administrativo, em 1882, após a jubilação do Conselheiro Furtado²⁷⁵. Publicou, em 1884, o seu livro *Epitome de Direito Administrativo*, segundo o programa do curso daquele ano, tendo exercido o magistério até a sua morte, em 1891²⁷⁶.

²⁷³ Ibidem., p. 25.

²⁷⁴ Ibidem., p. 26.

²⁷⁵ Editor, O. (1938). Inéditos de antigos alumnos. **Revista Da Faculdade De Direito, Universidade De São Paulo**. 1935, 34(1), 31-35. Disponível em <<http://www.journals.usp.br/rfdusp/article/view/65873>>. Acesso em: 20 mai 2019.

²⁷⁶ OLIVEIRA, José Rubino. **Epitome de Direito Administrativo**. São Paulo: Leroy King Bookwalker, 1884.

Rodrigo Camargo de Godoi, ao escrever sobre a intelectualidade negra do Império, menciona o nome de José Rubino de Oliveira entre os editores e homens de letras, descendentes de escravos, que desempenharam papel social importante antes da abolição da escravatura. Segundo Godoi, a integração dos afrodescendentes à elite cultural do Império nunca foi fácil, pois o preconceito fechava muitas portas. Aduz que na Faculdade de Direito do Largo São Francisco, em São Paulo, diversos professores, como Avellar Brotero e Veiga Cabral não escondiam suas tendências racistas. Tanto é que foi somente em 1879 que um negro, José Rubino de Oliveira, conseguiu tornar-se professor da instituição. A resistência racial foi diminuindo na medida em que os afrodescendentes foram sendo libertados²⁷⁷.

3.4 NATUREZA DO CONSELHO DE ESTADO

No Brasil, relatou Temístocles Brandão Cavalcanti, o Conselho de Estado sempre foi objeto de debate entre conservadores e liberais. Os conservadores defendiam a criação do órgão para fortalecer o Poder Moderador e os liberais o consideravam um obstáculo ao desenvolvimento político, uma instituição retrógrada, uma espécie de oligarquia que rodeava o Imperador²⁷⁸.

O Brasil teve três Conselhos de Estado, sendo o primeiro criado por Dom Pedro I (Decreto de 16 de fevereiro de 1822) com o nome de Conselho dos Procuradores das Províncias. Segundo Cavalcanti, o que motivou a criação do órgão teria sido uma necessidade justificável do Imperador de estar rodeado por homens experientes, que o aconselhassem na difícil tarefa da Administração. Entretanto o órgão teve pouco tempo de existência, sendo extinto pela Assembleia Constituinte, pela lei de 20 de outubro de 1823.

Quando a Constituinte foi dissolvida, o Regente criou outro órgão, chamado de Conselho de Estado (Decreto de 13 de novembro de 1823), para que o assistisse em relação à

²⁷⁷ GODOI, R. C. de. **Um editor no Império**: Francisco de Paula Brito (1809-1861). São Paulo: Edusp, 2016, p. 392.

²⁷⁸ CAVALCANTI, Temístocles Brandão. O nosso Conselho de Estado. In: **Revista de Direito Administrativo**, São Paulo, v. 24, p. 1, abr./jun. 1951.

Administração, no cuidado das coisas públicas. Este segundo Conselho foi mantido pela Constituição Imperial de 1824 (art. 137 e seguintes) e possuía atribuições muito mais de caráter político do que administrativo. O órgão foi também extinto em função da reação liberal ocorrida com o Ato Adicional à Constituição, em 1834 (art. 32), que só não suprimiu o poder Moderador devido à grande resistência do Senado²⁷⁹.

O Conselho de Estado foi novamente estabelecido com a lei de 23 de novembro de 1841, após aprovada a Lei de Interpretação que revogou o Ato Adicional, passando a ser regulamentado em 5 de fevereiro de 1842. Neste terceiro Conselho, que sobreviveu até a queda da monarquia, os Conselheiros eram perpétuos, mas podiam ser dispensados do exercício de suas funções pelo Imperador por tempo indeterminado, sendo eles também responsáveis por eventuais conselhos que afrontassem a Constituição e os interesses do Estado e, nesse caso, deviam responder por crimes perante o Senado²⁸⁰.

Dessa forma, a existência do Conselho de Estado oscilou entre as tendências liberais e conservadoras: desapareceu com os liberais, que eram descentralizadores e retornou com os conservadores que, por sua vez, defendiam o fortalecimento do poder central e viam o Conselho como a própria essência do poder Moderador, a base do regime constitucional do império²⁸¹.

Para exemplificar o debate, Cavalcanti menciona que o político liberal Teófilo Otoni teria defendido a extinção do Conselho de Estado, com o argumento de que o órgão anulava, em sua essência, o poder Moderador que, por seu turno, seria a causa de grandes apreensões durante o Primeiro Reinado. E cita também Visconde do Uruguai, político conservador, que atribuía como causa do fracasso do Conselho de Estado os elementos que o integravam. Visconde do Uruguai sugeriu a criação de dois Conselhos: um Conselho privado para apreciar questões políticas, e um Conselho de Estado para questões administrativas.

Para Cavalcanti, o que mais interessava era o estudo da competência do Conselho do Estado na órbita administrativa, cujas definições foram fixadas no ar. 7º, da lei de 1841, e no

²⁷⁹ Ibidem., p. 2.

²⁸⁰ Ibidem., p. 24.

²⁸¹ Ibidem., p. 2.

respectivo regulamento, sendo duas atribuições políticas e administrativas²⁸². Para o autor, do ponto de vista administrativo, a eficiência do Conselho de Estado era duvidosa, considerando que a jurisdição administrativa era praticamente inexistente por faltar elementos indispensáveis ao funcionamento normal e obrigatório dos órgãos jurisdicionais. Mas concordou que o Conselho teria prestado grandes benefícios ao Império²⁸³.

Sobre as influências que teria sofrido o Conselho de Estado, Cavalcanti, ao citar Pimenta Bueno, aduziu que as mais preponderantes seriam a portuguesa, que vinha da tradição política e formação jurídica, e a francesa, cujo modelo e legislação foram essenciais para a construção do Conselho de Estado brasileiro. A influência de Portugal remontava ao poder real e ao caráter consultivo. A influência da França era visível, tanto na estrutura do órgão como na sua função política e administrativa, sendo constantemente citados, nos pareceres do Conselho de Estado, os juristas franceses da época, como Cormenin, Macarel, Regnault, em sua história do Conselho de Estado, Dalloz, Vivien e outros²⁸⁴.

Comentou Cavalcanti que, por ocasião da elaboração da lei de 1842, havia uma grande preocupação para evitar copiar o modelo francês, tendo insistido o autor do projeto, o Ministro do Império e Senador Bernardo Pereira de Vasconcelos, na originalidade do Conselho de Estado brasileiro, para ser apenas órgão consultivo, função que o Conselho francês só teria exercido em certo período. Apesar disso, asseverou que na organização do Conselho de Estado, no Brasil, sempre houve preocupação de examinar o modelo francês, o que na sua opinião seria natural, pois as matérias administrativas eram muito próximas nos dois países. Da mesma forma, era aceitável o fato de alguns parlamentares imperiais reagirem contra a importação de um modelo estrangeiro muito liberal, pois a ideia do Conselho de Estado do Brasil estaria ligada ao poder Moderador, inspirado na concepção de Benjamin Constant, cujo chefe era o Imperador.

O francês Benjamin Constant desenvolveu o conceito de soberania para usar limitar os poderes da estrutura do Estado, que também compreendia a soberania popular, pertencente ao

²⁸² Ibidem., p. 4.

²⁸³ Ibidem., p. 6.

²⁸⁴ Ibidem., p. 6.

poder Legislativo. Dessa forma, acreditava-se na conquista de uma ordem institucional estabilizada, dentro do processo histórico francês de superação do antigo Regime.

Para Christian Edward Cyril Lynch, o problema não era atribuir a soberania ao povo, mas associar o Conselho de Estado ao exercício do poder que o absolutismo monárquico reivindicava para o rei. Ao invés de eliminar o árbitro do poder público para instaurar o regime dos direitos fundamentais, persistiu a concepção absoluta de soberania, que inviabilizou a ocorrência de uma Revolução²⁸⁵.

Devido a atenção que foi dada ao Conselho de Estado da França, no entendimento de Cavalcanti, o órgão acabou por enveredar para um caminho perigoso e de difícil execução, na medida em que foi sendo ampliada a competência em matéria administrativa do paradigma brasileiro, sendo convertido, timidamente, por falta de preparo prévio, em uma espécie de tribunal administrativo. Com isso ficou desvirtuado o objetivo político da sua criação do órgão. Apesar de o Conselho de Estado não ter sido bem sucedido na sua função política, o mesmo não ocorreu nos demais setores, especialmente no exercício da função normativa e regulamentar, bem como no estudo dos nossos grandes problemas administrativos, cujo trabalho, na opinião de Cavalcanti, teria sido da maior importância, encontrando-se nele a base do nosso direito administrativo brasileiro²⁸⁶.

Ainda segundo Cavalcanti, tanto no Brasil como na França, foi discutida a questão da legitimidade do Conselho de Estado do Segundo Reinado, por ele ter sido criado por lei e não pela Constituição. No seu entendimento, este Conselho conseguiu interpor-se entre os poderes, e não apenas no exercício da função jurisdicional. Além de ter reduzido, de certa forma, a competência do poder judiciário, também interferiu na ação política dos Ministérios e do Parlamento. Comentou o autor que também teria sido objeto de discussão o fato de as decisões do Conselho de Estado estarem dependentes da homologação do Imperador que, além de decidir se consultaria ou não o órgão, tinha o poder de decidir sobre o número de seus Conselheiros. Havia o argumento de que, uma vez abolido o Conselho de Estado previsto na Constituição, não seria lícito estabelecê-lo e muito menos tolerável criar um outro através de

²⁸⁵ LYNCH, Christian Edward Cyril. **O momento monarquiano: o poder moderador e o pensamento político imperial**. Tese (Doutorado em Ciência Política), Rio de Janeiro: IUPERJ, 2007. p. 72.

²⁸⁶ CAVALCANTI, Temístocles Brandão. O nosso Conselho de Estado. In: **Revista de Direito Administrativo**, São Paulo, v. 24, p. 6-7, abr./jun. 1951.

uma lei. Na opinião de Cavalcanti, essa objeção tinha razão de ser, pois este Conselho do Segundo Reinado, cuja natureza não era constitucional, interferia no funcionamento dos poderes constitucionais, mas o autor, entretanto, reconheceu a possibilidade do órgão interferir no funcionamento de outros criados por lei ordinária²⁸⁷.

Outra questão discutida foi a vitaliciedade dos Conselheiros, havendo vozes de que tal instituto formava uma oligarquia, escolhida por única vontade do Imperador, que seria sempre consultada, sempre a aconselhar o monarca, cuja substituição seria apenas em caso de morte. No entendimento de Cavalcanti, a vitaliciedade seria uma proteção contra o arbítrio do Imperador, ou seja, era uma garantia da liberdade de voto e da opinião dos Conselheiros, pois um Conselho a mercê da vontade do Imperador não teria qualquer prestígio e a independência necessária para manifestar sua opinião sobre qualquer assunto, mesmo de natureza política²⁸⁸.

Além disso, outras preocupações sempre estavam presentes na pauta, e que diziam respeito à organização e ao funcionamento do Conselho de Estado. A primeira era a de manter o Conselho de Estado dependente do poder Executivo, considerando-o órgão auxiliar da administração ativa. A outra preocupação seria o respeito ao princípio da separação dos poderes, com a independência recíproca entre a administração e do poder Executivo perante o poder Judiciário. Não obstante estas preocupações, para Cavalcanti o *contencioso administrativo* não seguiu o desenvolvimento esperado²⁸⁹.

A compreensão da organização da justiça administrativa no Segundo Reinado parte do conhecimento de como funcionava a Administração Pública naquela época. Segundo o Visconde de Uruguai, o poder Executivo comportava duas divisões: *Governo* e *Administração*. O Governo exercia o poder Executivo puro (também chamado de poder político e governamental), exercido pelo chefe do poder Executivo e seus ministros, direta e indiretamente. A Administração exercia o poder administrativo, tendo por órgãos uma série de agente responsáveis e amovíveis²⁹⁰.

²⁸⁷ CAVALCANTI, Temístocles Brandão. O nosso Conselho de Estado. In: **Revista de Direito Administrativo**, São Paulo, v. 24, p. 7, abr./jun. 1951.

²⁸⁸ Ibidem., p. 8.

²⁸⁹ Idem.

²⁹⁰ CAVALCANTI, Temístocles Brandão. O nosso Conselho de Estado. In: **Revista de Direito Administrativo**, São Paulo, v. 24, p. 67-68, abr./jun. 1951.

O poder administrativo, por sua vez, dividia-se em poder administrativo gracioso e contencioso (administração graciosa e contenciosa)²⁹¹, cujas definições desenvolveremos adiante. A hierarquia administrativa, de acordo com a doutrina de Prudencio Giraldes Veiga Cabral, comportava dois graus de jurisdição: o primeiro grau, constituído pelos Presidentes de Províncias e os Conselhos de Presidência, e o segundo grau, pelo Conselho de Estado pleno ou dividido em Seções²⁹².

Os Presidentes de Província eram instituídos pela Constituição Imperial para a administração econômica das províncias, com atribuições designadas no Ato Adicional e na lei de 3 de outubro de 1834. Eram os intermediários, pelos quais o Poder Administrativo central se comunicava às localidades a que presidiam, exceto a província da Corte e seus municípios²⁹³.

O Conselho de Estado exercia suas funções reunindo os seus membros, ou em alguma das suas Seções, divididas pelo Regulamento de 5 de fevereiro de 1842, da seguinte forma: 1º - Dos negócios do Império; 2º - Dos Negócios da Justiça e Estrangeiros; 3º - Dos Negócios da Fazenda e 4º - Dos Negócios da Guerra e da Marinha²⁹⁴. O Imperador, por sua vez, reservava-se ao direito de resolver os pareceres das seções sem precisar ouvir o Conselho reunido²⁹⁵.

Presidido pelo Imperador, o Conselho de Estado tinha a plenitude da jurisdição administrativa, ou seja, todas as jurisdições ordinárias, especiais e extraordinárias²⁹⁶ reuniam-se na vasta compreensão de suas atribuições. Em relação à jurisdição ordinária e extraordinária do 1º grau, o Conselho de Estado comportava-se como se fosse um tribunal de apelação. Já em relação às jurisdições especiais do 1º e 2º grau, o Conselho exercia uma atribuição parecida com a do Supremo Tribunal de Justiça, competindo-lhe anular os atos e as

²⁹¹ Ibidem., p. 76.

²⁹² CABRAL, Prudencio Giraldes Veiga. **Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Typographia Universal de Laemmert, 1859, p. 53.

²⁹³ Ibidem., p. 56.

²⁹⁴ Ibidem., p. 65.

²⁹⁵ Ibidem., p. 66.

²⁹⁶ A Jurisdição ordinária de primeira instância era exercida pelos Presidentes de Província. A Jurisdição extraordinária era exercida pelos ministros de Estado, ao decidirem questões relativas a pensões, empresas de trabalhos públicos e fornecimentos contratados com seu nome e com seus agentes. A jurisdição especial era exercida pelo Tribunal do Tesouro, concernente aos negócios da fazenda pública. Ibidem., p. 56-60.

decisões do Tribunal do Tesouro e dos chefes das Repartições Fiscais nos casos de incompetência, excesso de poder, violação da lei ou de fórmulas essenciais²⁹⁷.

Pretendemos aqui investigar como os administrativistas do Império entendiam a natureza jurídica do Conselho de Estado do Segundo Reinado: seria ele um órgão consultivo ou deliberativo?

Iniciaremos com a análise das palavras *consulta*, *consultar*, *consultivo*, *deliberar* e *deliberativo*, conforme expresso no Dicionário da Língua Portuguesa, de Antônio de Moraes Silva:

Consulta (s.f.) ato de consultar. §aviso, parecer que el-Rei pede, mandando baixar o requerimento aos tribunais. *subir consulta*: ir para obter resolução d'el Rei. Consulta ao Conselho de Estado.

Consultar (v.) '*pedir conselho, praticar sobre alguma deliberação que se há de tomar*'.

Consultivo (adj) – que exprime o parecer, opinião. §voto - direito de aconselhar, de dizer o seu parecer e não de decidir (é oposto a decisivo e definitivo)²⁹⁸ (grifos nossos ou grifos do autor).

Por outro lado, temos:

Deliberar - v. trans. (do Lat, deliberare) Discorrer, considerar, premeditar no que se há de fazer e afinal decidir, votar²⁹⁹.

Deliberativo- adj § ter voz deliberativa, direito de deliberar e votar em uma assembleia, opõe-se à voz consultiva³⁰⁰ (grifos nossos ou grifos do autor).

De acordo com os sentidos acima, um órgão consultivo seria aquele que emite um parecer (opinião) sobre determinado assunto. O parecer não é uma decisão, mas um conselho dado a outrem, que poderá ser acolhido ou não. Em oposição, um órgão deliberativo seria aquele autorizado a julgar, a proferir de plano uma decisão definitiva. A lei nº 234, de 23 de novembro de 1841, que criou o Conselho de Estado do Segundo Reinado, definiu no art. 7º

²⁹⁷ CABRAL, Prudencio Giraldes Veiga. **Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Typographia Universal de Laemmert, 1859, p. 64.

²⁹⁸ SILVA, Antônio de Moraes. **Dicionário da Língua Portuguesa**. v.1, 8ª ed. rev.e melhorada, Rio de Janeiro: Empresa Literária, 1890, p. 525.

²⁹⁹ Ibidem., p. 599.

³⁰⁰ Ibidem., p. 600.

que incumbia ao Conselho de Estado consultar sobre todos os negócios em que o Imperador entendesse por bem ouvir o órgão, para resolvê-los.

Vicente Pereira do Rego definiu os Tribunais administrativos como “autoridades coletivas ou individuais que as leis têm encarregado de estatuir sobre o contencioso administrativo”³⁰¹. O verbo *estatuir*, de acordo com o Dicionário da Língua Portuguesa de Antônio de Moraes Silva³⁰², tem o seguinte significado: “Determinar, ordenar por estatuto, decreto, lei, canon”. Em outras palavras, na visão de Rego, os Tribunais administrativos seriam órgãos deliberativos, dotados de autoridade para decidir sobre o *contencioso administrativo*. Portanto, de acordo com a Lei nº 234, de 1841, o Conselho de Estado não seria um Tribunal administrativo, por não ser órgão deliberativo.

Na definição de Uruguai, Tribunais administrativos eram órgãos que “julgam” ou que emitem pareceres sobre questões administrativas, podendo ter a forma coletiva ou unitária. Ali se reuniriam juízes para decidirem as causas ou pessoas para administrarem a justiça. Mas na sua visão, o Conselho de Estado, de modo geral, seria uma “uma corporação de homens eminentes colocados junto ao governo para aconselhar”, e cujas atribuições teriam variado ao longo do tempo e conforme às circunstâncias políticas³⁰³. Ao fazer uma comparação com o Conselho de Estado francês, que desde a restauração, no tempo do Rei Luiz Felipe, aparentava ser uma corporação na qual predominava mais a natureza administrativa do que a política, Uruguai arguiu que o Conselho de Estado de uma monarquia representativa deveria ser uma corporação exclusivamente administrava, e que as corporações políticas que se limitavam a dar conselhos ao poder Moderador não seriam, verdadeiramente, um Tribunal Administrativo, e nem um Conselho de Estado³⁰⁴. Acrescentou também que na França não existia um poder Moderador e nem o Conselho de Estado era presidido pelo Imperador³⁰⁵.

³⁰¹ REGO, Vicente Pereira. **Elementos de Direito Administrativo Brasileiro**. 2ª. Ed., Recife: Typographia Commercial de Geraldo Henrique de Mira & C., 1860, p. 84.

³⁰² SILVA, Antônio de Moraes. **Dicionário da Língua Portuguesa**. v.1, 8ª ed. rev.e melhorada, Rio de Janeiro: Empresa Literária, 1890, p. 847.

³⁰³ CARVALHO, José Murilo (org). **Visconde do Uruguai 1807-1866**. São Paulo: Ed. 34, 2002 (Coleção Formadores do Brasil), p. 207-208.

³⁰⁴ Ibidem., p. 255.

³⁰⁵ Ibidem., p. 302.

Mas como Visconde de Uruguai entendia a natureza dos dois Conselhos de Estado que existiram no Império? O primeiro Conselho foi criado pela Constituição de 1824, art. 7º, Título 5, sendo, portanto, constitucional, e o segundo foi criado pela lei nº 234, de 23 de novembro de 1841, ou seja, era legal.

Para Uruguai, o Conselho de Estado constitucional, de 1824, não teria sido um Tribunal, mas apenas uma corporação meramente consultiva, sem jurisdição própria. O ajuizamento das medidas sobre as quais o Conselho de Estado poderia ser ouvido competia somente ao governo e, na maior parte das vezes, nem era ouvido. Na sua opinião, o Conselho de Estado constitucional era muito mais político do que administrativo, pois somente era ouvido em negócios graves e medidas gerais. Além disso, não teria sido regulamentado por lei ou regulamentos na parte administrativa, não possuindo recursos e fórmulas³⁰⁶.

Quanto ao Conselho de Estado criado por lei, em 1841, Visconde de Uruguai concebia-o como um Tribunal administrativo, pois neste órgão corria um processo formal, com recursos, audiência dos advogados das partes, inquirição de testemunhas, diligências, termos fatais, etc.³⁰⁷, muito embora a lei criadora tivesse lhe dado, expressamente, a natureza de órgão meramente consultivo³⁰⁸, sem jurisdição própria³⁰⁹. Ademais, a Resolução Imperial de 14 de novembro de 1850, tomada sob Consulta do Conselho de Estado, havia deixado claro que, em caso algum, o Conselho de Estado deixaria de ser um órgão simplesmente consultivo³¹⁰. Na verdade, os conselheiros de Estado aconselhavam os ministros e sugeriam medidas em todas as áreas sob a jurisdição dos respectivos ministérios, propunham projetos de lei e de regulamentos³¹¹, mas não julgavam.

Acrescentou Uruguai que, nas diversas sessões do Senado em que se debateu a restauração do Conselho de Estado, ocorridas entre 1º a 26 de julho de 1841, o Senador Paula

³⁰⁶ Ibidem., p. 236-238.

³⁰⁷ Ibidem., p. 167.

³⁰⁸ Lei nº 234, de 23/11/1841- art. 7º: “*Incumbe o Conselho de Estado **consultar** sobre todos os negócios em que Imperador houver por bem ouví-lo, para resolvê-lo*” (grifos nossos).

³⁰⁹ CARVALHO, José Murilo (org). **Visconde do Uruguai 1807-1866**. São Paulo: Ed. 34, 2002 (Coleção Formadores do Brasil), p. 207.

³¹⁰ Ibidem., p. 302.

³¹¹ GARNER, Lydia Magalhães. Justiça Administrativa no Brasil do Segundo Reinado (1842-1889). In: **Revista de História**. ed. 147, SP: USP, 2002, p. 161.

Sousa defendeu a criação de um tribunal que julgasse definitivamente as questões administrativas, e citava como exemplo o Conselho de Estado na França. Entretanto esse argumento foi rejeitado, afirmando Uruguai que o Conselho francês, da mesma forma que o brasileiro, não proferia julgamentos definitivos, mas pareceres que auxiliavam o governo na resolução de questões³¹². E, de fato, Uruguai tinha razão, pois, como vimos no capítulo anterior, a instituição da justiça delegada, na França, só veio a ocorrer em 1872, permitindo que o Vice-Presidente do Conselho de Estado assinasse as decisões do órgão. Na França, entre 1790 até 1872, a justiça administrativa francesa era homologável ou retida, pois os pareceres do Conselho de Estado só se tornavam definitivos com a assinatura do Chefe do Executivo.

Antonio José Pimenta Bueno também levantou a polêmica sobre a natureza das decisões do Conselho de Estado, questionando se o órgão deveria decidir as contestações por voto puramente consultivo ou por voto deliberativo, à semelhança do Tribunal Supremo do Judiciário. Comentou Bueno que os autores que defendiam o *voto deliberativo* do Conselho de Estado alegavam que o voto consultivo não oferecia ao juízo a desejada imparcialidade, pois o cidadão ofendido em seu direito não poderia ter, no litígio que travava com a administração, um juiz que também seria parte interessada, “o ofensor poderoso”, ainda que este justificasse a sua presença na lide em nome do interesse público, e não por interesse próprio. Apesar de Bueno reconhecer a força deste argumento, mostrou-se favorável à existência de um Conselho de Estado consultivo, pois, no seu entendimento, o voto deliberativo acarretava um perigo mais grave, que era o de subordinar a ação ministerial, limitando sua responsabilidade³¹³.

Nesta mesma linha de pensamento, José Rubino de Oliveira entende que o Conselho de Estado do Segundo Reinado não seria, na verdade, um tribunal administrativo, no sentido rigoroso da palavra, pois a lei que o restaurou não lhe deu a atribuição de julgar, mas sim a de consultar quando o Imperador houvesse por bem ouvi-lo. No seu modo de ver, o Conselho de Estado era um simples órgão consultivo, pois quem decidia, por decreto, os recursos

³¹² CARVALHO, José Murilo (org). **Visconde do Uruguai 1807-1866**. São Paulo: Ed. 34, 2002 (Coleção Formadores do Brasil), p. 301-301.

³¹³ BUENO, José Antônio Pimenta. **Direito Público Brasileiro e Análise da Constituição do Império**. Rio de Janeiro: Typographia Imp. e Const. de J. Villeneuve e E.C. 1857, p. 300.

interpostos contra decisões de questões administrativas, ouvindo ou não o Conselho de Estado, era o Imperador, chefe supremo do poder administrativo³¹⁴.

Consequentemente, quem dava a última palavra era o Imperador, sendo ele o juiz supremo dos recursos e o Conselho de Estado um simples consultor, cujas seções seriam preparatórias de seus respectivos processos. E mesmo nos casos excepcionais, que se fazia necessária a audiência do Conselho, seu caráter de órgão consultivo se mantinha.

Para José Rubino de Oliveira, o recurso deveria ser dirigido ao Imperador, e nos casos em que as leis mencionavam que o recurso deveria ser para o Conselho de Estado, isso apenas sinalizava que a sua audiência deveria ser obrigatória, e não facultativa³¹⁵.

Na opinião de Rego, o atributo da justiça administrativa ser homologável (retida) ou delegada teria que estar disciplinado nas leis administrativas. E menciona não haver dúvida de que a justiça judiciária era delegada, tendo em vista a previsão constitucional³¹⁶.

Em pesquisa mais recente sobre a jurisprudência das Seções do Conselho de Estado, Lydia Magalhães Garner revela-nos que as decisões em assuntos de justiça administrativa eram, na realidade, decisões finais, ainda que teoricamente houvesse o apelo para o Imperador. Justificou o seu argumento alegando que o Imperador Dom Pedro II nunca interferia nos assuntos contenciosos, e que após assinadas pelo Chefe do Executivo, as decisões da Seção do Império tinham o mesmo efeito de uma lei³¹⁷.

3.5 A NECESSIDADE DE EXISTIR UMA JUSTIÇA ADMINISTRATIVA

³¹⁴ OLIVEIRA, José Rubino. **Epítome de Direito Administrativo**. São Paulo: Leroy King Bookwalker, 1884, p. 236.

³¹⁵ Ibidem., 237.

³¹⁶ REGO, Vicente Pereira. **Elementos de Direito Administrativo Brasileiro**. 2ª. Ed., Recife: Typographia Commercial de Geraldo Henrique de Mira & C., 1860, p. 84.

³¹⁷ GARNER, Lydia Magalhães. Justiça Administrativa no Brasil do Segundo Reinado (1842-1889). In: **Revista de História**. ed. 147, SP: USP, 2002, p. 179.

A Constituição de 1824 não previu um sistema dual de justiças, pois não mencionou a criação de uma justiça administrativa, instituindo, tão somente, um poder judicial único e independente. O sistema dual de justiça implicava na existência de um poder judicial, com a função de aplicar a lei civil e criminal, e na justiça administrativa como função do poder executivo, que também exercia a função de governar e aplicar as leis políticas e administrativas³¹⁸.

Segundo Garner, a inconstitucionalidade, ou não, de existir uma justiça administrativa dependia da interpretação a ser feita da Constituição de 1824, que definiu quatro poderes políticos: o poder Moderador, o poder Legislativo, o poder Executivo e o poder Judicial. A corrente que defendia a inconstitucionalidade da justiça administrativa argumentava que a Constituição teria criado um sistema judicial unitário. Os que defendiam a constitucionalidade fundavam-se na independência da separação dos poderes, que não proibia a criação de uma jurisdição a cargo do poder Executivo. Essa discussão acabou sendo ultrapassada pela controvérsia a respeito da natureza do poder Moderador³¹⁹.

O cerne da discussão girou em torno da compatibilidade, ou não, de existir uma justiça administrativa no âmbito do poder Executivo: os partidários liberais criticavam a sua existência, mas os conservadores a apoiavam. Influenciados pelo modelo francês, a tendência dos conservadores era a de apoiar um Conselho de Estado com funções não apenas consultiva, mas também judicial, com relação às matérias administrativas. O modelo de Estado idealizado pelos conservadores implicava em um poder Executivo forte, centralizador, cuja atuação estivesse longe do controle do poder Judicial. Por sua vez, os partidários liberais mostravam-se favoráveis ao fortalecimento do poder Legislativo, à descentralização e autonomia das províncias³²⁰.

Tavares Bastos e Nabuco de Araújo eram políticos liberais que criticaram a existência de uma justiça administrativa a cargo do Executivo. Na opinião de Bastos, autor de *Cartas do Solitário*, o *contencioso administrativo* era uma invenção francesa monstruosa, pois representava uma luta desigual travada entre o Estado e o particular, e essa desigualdade

³¹⁸ Ibidem., p. 163

³¹⁹ Ibidem., p. 164.

³²⁰ Ibidem., p. 165.

ofendia princípios do direito e da lei fundamental. Bastos argumentava que as formalidades do processo contencioso administrativo, previstas por regulamentos, eram protelatórias e complicadas, e isso dificultava a defesa do cidadão. Segundo o autor, os pleitos que iniciavam na província, seguiam uma peregrinação morosa, alçando várias esferas até, finalmente, chegar a um Conselho de Estado, cujos membros eram nomeados pelo próprio governo³²¹.

O pensamento do liberal Nabuco de Araújo foi narrado pelo seu filho, Joaquim Nabuco, em livro intitulado *Um Estadista do Império*. Aduziu o autor que, em numerosos pareceres, Nabuco de Araújo afirmava a inconstitucionalidade do *contencioso administrativo*, sob a alegação de que o instituto havia sido transportado da França para o Brasil “sem ao menos organizá-lo como na França, e até indo além da França”. No seu entendimento, a jurisdição administrativa violava a Constituição imperial, que não conhecia outro poder julgador além do Judiciário, composto por juízes perpétuos ou jurados, e dos Tribunais previstos na Carta³²².

Em sentido oposto era a visão conservadora dos doutrinadores, Marquês de São Vicente, José Antônio Pimenta Bueno, e do Visconde de Uruguai, Paulino José Soares de Sousa. Para Bueno, o Conselho de Estado era uma importante instituição no julgamento de matéria administrativa, cuja missão seria “auxiliar o Governo e a Administração nacional com suas luzes, experiencia, opiniões e pareceres”. O Conselheiro seria o coadjuvante de suas tarefas, o fiscal das competências administrativas, e o seu tribunal em matéria contenciosa³²³. Bueno considerava o Tribunal de Justiça Administrativa uma instituição indispensável para julgar o *contencioso administrativo*, pois além de resguardar a independência do poder administrativo, assegurava o direito das partes com inteira imparcialidade e justiça. No seu entendimento, para que o poder administrativo pudesse cumprir a missão de defender os interesses coletivos da sociedade, seria necessário que lhe fosse concedida a competência para conhecer e julgar as reclamações opostas às suas determinações, pois se esse julgamento fosse

³²¹ BASTOS, Aureliano Candido Tavares. **Cartas do Solitário** (Carta II), 2ª ed. Rio de Janeiro: Typ. da atualidade, 1863, p. 5-6.

³²² NABUCO, Joaquim. **Um estadista do Império**: Nabuco de Araújo, sua vida, suas opiniões, sua época, por seu filho Joaquim Nabuco. Tomo III. Rio: H Garneir, 1897, p. 474.

³²³ BUENO, José Antonio Pimenta. **Direito Público Brasileiro e Análise da Constituição do Imperio**. Rio de Janeiro: Typographia Imp. e Const. de J. Villeneuve e E.C. 1857, p. 285.

atribuído a outro poder, o poder administrativo ficaria subordinado à vontade deste, entravando a sua marcha. E desde que as reclamações se fundassem em direitos propriamente ditos, o julgamento da violação destes direitos deveria ser garantido com respeito às leis e com respeito aos direitos individuais. Dessa forma, Bueno defendia a necessidade de existirem tribunais administrativos e um rito processual específico que satisfizesse a missão da justiça, apontando o Conselho de Estado como sendo o tribunal superior dessas reclamações³²⁴.

No argumento de Bueno, entregar a resolução de questões administrativas à autoridade judiciária, cujo processo entendia como moroso, “seria enervar, subordinar e aniquilar toda a força governamental, impossibilitá-la e preencher sua grande missão e tornar injusta toda a sua responsabilidade”³²⁵.

Na visão de Uruguai, era incontestável a necessidade de existir uma justiça administrativa e considerou como constitucional a atribuição do governo para decidir suas questões contenciosas, na qualidade de poder administrativo. Para ele, em um país cujo regime se fundasse na divisão dos poderes, não seria possível existir administração pública se o poder Executivo estivesse privado deste direito.

Em seu argumento, a administração poderia ferir direitos ao atuar dentro das suas atribuições, ensejando uma questão administrativa contenciosa e, diante desse fato, o poder administrativo só teria duas alternativas: a de seguir adiante, sem dar ouvido às reclamações, o que entendeu ser injusto, ou consideraria a reclamação e a atenderia, o que na sua opinião seria a opção mais correta. Para Uruguai, era ponto pacífico que o *contencioso administrativo* pertencesse ao poder administrativo, que conhecia mais de perto a motivação de seus agentes, as causas que ensejaram os atos e as justificativas que fizeram dar referência ao interesse social sobre o interesse ou direito privado³²⁶.

³²⁴ Ibidem., p. 287.

³²⁵ Ibidem., p. 300.

³²⁶ URUGUAI, Visconde de. **Ensaio sobre o Direito Administrativo**; tomo I. Rio de Janeiro: tipografia Nacional 1862, p. 115-124.

3.6 A SEPARAÇÃO DAS JURISDIÇÕES ADMINISTRATIVA E JUDICIAL

Vamos aqui expor os fundamentos que os doutrinadores do Segundo Reinado utilizaram para justificar a separação entre jurisdição *administrativa* e a *judicial*, e os limites estabelecidos para evitar a invasão da competência entre uma e outra jurisdição.

O Regimento 124, de 1842³²⁷, que regia o Conselho de Estado, vedava expressamente que os juízes da justiça comum apreciassem matérias administrativas, procedendo, de forma equivalente, à lei francesa de 16-24 de agosto de 1790. Analisaremos o ponto de vista da doutrina conservadora e da doutrina liberal. Para isso selecionamos as obras dos autores José Antônio Pimenta Bueno, Prudêncio Giraldes Veiga Cabral, Antônio Joaquim Ribas, José Rubino de Oliveira, Aureliano Candido Tavares Bastos e Nuno Pinheiro de Andrade, que se pronunciaram sobre o preceito da separação das duas jurisdições.

O fundamento de Pimenta Bueno para justificar a separação entre a justiça administrativa e judicial encontrava respaldo no princípio da separação dos poderes Executivo e Judicial³²⁸, estabelecendo que a administração e justiça seriam poderes inteiramente independentes e distintos. Para Bueno, a ordem da autoridade judiciária era a da estabilidade, criada para abrigar direitos individuais das incertezas decorrentes da discricionariedade e da

³²⁷ Regimento 124/1842. Art. 24: “Quando o presidente de uma província ou Procurador da Coroa na Corte e Província do Rio de Janeiro tiver notícia de que uma autoridade judiciária está efetivamente conhecendo de algum objeto administrativo, exigirá dela esclarecimentos precisos bem como as razões pelas quais se julga com jurisdição sobre o objeto” (grifos nossos).

³²⁸ Diferentes características entre o poder Executivo e Judicial discriminadas por Bueno, em sua citada obra (p. 34-35): **Poder executivo:** 1 - Sua missão ou domínio era a de executar as leis de ordem pública e administrativa, que regulavam os interesses coletivos ou gerais; 2 - Sua orientação era fazer com que os interesses do Estado sempre triunfassem, ainda que fosse com sacrifício dos interesses individuais; 3 - Era o defensor dos direitos e interesses públicos e sua ação, até certo ponto seria discricionária; 4 - Agentes móveis e dependentes; 5 - Processo sem exigência de formalidades; 6 - Obra independentemente de ser provocado e atende o tempo, lugares, as oportunidades; 7 - Se dispõe a prever e a conservar a sociedade, engrandecê-la, ainda precise ferir interesses particulares. **Poder judicial:** 1 - Sua missão é o domínio da aplicação de leis relacionadas ao direito privado, a ordem civil que regulava os interesses discutidos entre particulares; 2 - A sua orientação era unicamente a justiça, priorizar o interesse de uma das partes; 3 - Era o defensor dos direitos e interesses individuais (propriedade, liberdade, honra, vida, de tudo o que seria caro aos homens). Agia restritamente dentro da lei, e nunca discricionariamente; 4 - Agentes (magistrados) perpétuos e independentes; 5 - Processo dirigido pelo direito positivo, circundado de garantias certas, de debates contraditórios, de fórmulas minuciosas, completas e preventivas; 6 - É impassível, espera que a sua ação seja provocada e atende somente questões existentes, os direitos em litígios; 7 - Se dispõe a manter as liberdades, os justos interesses dos cidadãos, em dar a cada um o que é seu, sem atender o que o governo, porventura, desejasse.

vontade mutável do poder Executivo³²⁹, garantindo o Estado mecanismos para evitar abusos e invasões mútuas entre a autoridade administrativa e judicial³³⁰. Na linha desse raciocínio, as leis administrativas somente poderiam ser interpretadas e aplicadas pelo governo, por meio do Conselho de Estado, órgão criado com a missão de ser o centro de unidade e uniformidade da jurisprudência administrativa³³¹.

Veiga Cabral repetiu a máxima francesa de que o poder de administrar importava, logicamente, no poder de julgar administrativamente, defendendo a orientação conservadora de que a jurisdição administrativa contenciosa teria, indiretamente, assento na Constituição de 1824, garantindo aos cidadãos os meios mais seguros de efetivar as garantias individuais³³². Segundo ele, para que fosse assegurada a execução das leis, era preciso dar ao poder Executivo o direito de remover obstáculos, decidindo sobre as reclamações apresentadas pelos cidadãos, pois se fosse atribuído a outro poder a autoridade de decidir as questões entre o poder público e o cidadão, a administração ficaria impossibilitada de agir³³³.

Cabral mencionou a importância do instituto do conflito de atribuição como mecanismo para assegurar a independência recíproca entre a autoridade administrativa e a judiciária. Alertou que o vocábulo “*conflito*”, no direito em geral, significava a luta de pretensões travada entre as partes. Porém, no Direito Administrativo, “*conflito*” significava a contestação entre duas autoridades administrativas ou entre uma autoridade administrativa e uma autoridade judiciária, acerca de um mesmo assunto sobre o qual pretendiam ordenar e decidir, ou sobre o qual ambas recusavam ordenar ou decidir. Partindo desse conceito, Cabral expôs a diferença entre *conflito de atribuição* e *conflito de jurisdição*. O *conflito de atribuição* seria aquele travado entre uma autoridade administrativa e uma judiciária, já o *conflito de jurisdição* envolvia apenas autoridades administrativas³³⁴.

³²⁹ BUENO, José Antonio Pimenta. **Direito Público Brasileiro e Análise da Constituição do Imperio**. Rio de Janeiro: Typographia Imp. e Const. de J. Villeneuve e E.C. 1857, p. 33.

³³⁰ Ibidem., p. 36.

³³¹ Ibidem., p. 80.

³³² CABRAL, Prudencio Giraldes Veiga. **Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Typographia Universal de Laemmert, 1859, p. 51-53.

³³³ Ibidem., p. 72-73.

³³⁴ Ibidem., p. 77.

O conflito de atribuições teria sido instituído com o fim da ordem pública para manter a separação e independência recíproca dos objetos e das funções administrativas e judiciárias³³⁵. Para Cabral, o código administrativo francês deveria ser aplicado como direito subsidiário para definir as circunstâncias e formas que deveriam ter lugar o conflito de atribuições, limitando o seu exercício entre as duas autoridades rivais³³⁶.

Antonio Joaquim Ribas justificou a diferença entre o poder administrativo e judicial, em função do interesse coletivo e individual. No seu entendimento, tanto a administração como o poder judicial teriam como missão a execução das leis. Entretanto, girando em suas órbitas próprias, o poder administrativo deveria apenas se ocupar das leis de interesse geral, defendendo os interesses da sociedade, e o poder judicial, das leis de interesse privado, defendendo os direitos individuais, decorrendo desta diversidade de missões a diferença de sua natureza e funções³³⁷.

A administração deveria orientar os seus atos em função do interesse coletivo, com agentes e responsáveis, sendo seus atos revogáveis. Por outro lado, a justiça, ao moldar suas decisões em função do direito individual, deveriam ter magistrados perpétuos, independentes, soberanos em suas decisões, apenas responsáveis no caso de infração de lei penal. Para Ribas, a inversão desses papéis, ou invasão da órbita alheia, tenderia para a anarquia e todos os interesses e direitos seriam prejudicados³³⁸.

No seu entendimento, a entrega da distribuição da justiça à agentes administrativos esvaziaria a independência e inflexibilidade do poder Judiciário, atributos considerados a salvaguarda dos direitos individuais. Com um poder Judiciário dependente e flexível, os cidadãos estariam sujeitos a um julgamento incerto, influenciado por numerosas variáveis que

³³⁵ Cabral diferenciou o *conflito de atribuições positivo* do *conflito de atribuições negativo*. O *positivo* seria o ato pelo qual o Procurador da Coroa na Corte e província do Rio de Janeiro e o Presidente da província na respectiva localidade, reivindicava dos tribunais, em nome da jurisdição administrativa, o julgamento de uma contestação que ele entendia pertencer, em virtude de uma lei expressa, à competência administrativa, e sobre cujo objeto a autoridade judiciária estaria efetivamente conhecendo. O conflito negativo seria aquele resultante da declaração respectivamente feita pela autoridade administrativa e pela autoridade judiciária que o objeto não seria da competência de nem uma outra autoridade. (Ibidem., p. 78).

³³⁶ Ibidem., p. 83.

³³⁷ RIBAS, Antonio Joaquim. **Direito Administrativo Brasileiro**. Rio de Janeiro: F. L. Pinto &C, 1866, p. 78.

³³⁸ Ibidem., p. 79.

constantemente modificavam o sentido político de interesse público, o que acarretaria a substituição do direito pelo arbítrio. Por outro lado, a entrega da administração aos magistrados esvaziaria o poder administrativo da sua flexibilidade própria, da sua subordinação hierárquica, sacrificando os interesses públicos à rigorosa observância dos textos legislativos. Ribas não deixou de alertar que, em situações especiais, poderia ser confiada à autoridade administrativa funções inerentes à autoridade judicial, e vice-versa, mas, em regra, administrador somente deveria administrar e o juiz julgar³³⁹.

Para José Rubino de Oliveira, a Constituição do Império teria afastado a doutrina bipartida do poder, que dividia o poder público apenas em Legislativo e Executivo, considerando o poder Judicial como parte do poder Executivo. Para este autor, as funções do poder administrativo eram bem distintas das funções do poder judicial, em razão da matéria, da natureza e do modo como atuavam³⁴⁰.

Na linha desse raciocínio, José Rubino de Oliveira pontuou as seguintes diferenças entre o poder administrativo e o judicial : 1) as matérias pertencentes ao poder judicial eram de ordem civil e criminal e as pertinentes ao poder administrativo eram de ordem pública, desde que não fossem criminais ou políticas; 2) quanto à natureza, o poder administrativo visava, imediatamente, o interesse geral e o poder judicial, o interesse particular; 3) com relação aos modos de ação, as decisões do poder administrativo tinham caráter geral e as decisões do poder judicial possuíam o caráter especial, atingindo somente os envolvidos no processo; 4) os atos administrativos, em regra, seriam gerais, dispositivos e revogáveis, e que os atos judiciais seriam individuais, declarativos, irrevogáveis; 5) a ação do poder administrativo seria espontânea, sendo que o poder Judiciário só poderia agir mediante provocação; 6) o poder administrativo amoldava-se às circunstâncias, sendo flexível na execução das leis, e o poder judicial era sempre inflexível e decidia pelo direito estrito em qualquer circunstância³⁴¹.

³³⁹ Ibidem., p. 80.

³⁴⁰ OLIVEIRA, José Rubino. **Epítome de Direito Administrativo**. São Paulo: Leroy King Bookwalker, 1884, p. 48.

³⁴¹ Ibidem., p. 49.

Os doutrinadores conservadores apostavam no poder administrativo como instituição para a defesa do cidadão contra os erros da administração. Aureliano Candido de Tavares Bastos, entretanto, acreditava que este papel caberia ao poder Judiciário. Apoiado nas ideias do francês Tocqueville, que desaprovava a centralização política, Bastos defendeu o modelo da organização judiciária norte-americana, sob o argumento de que o poder Judiciário daquele país era, de fato, independente da ação do governo, que era o poder encarregado da defesa da constituição e que, agindo como o grande poder Moderador da sociedade, teria a missão de preservá-la das agressões advindas tanto do governo como dos particulares. Para Bastos, era o poder Judiciário que deveria assumir a competência de conhecer das queixas contra administradores negligentes, punindo os culpados³⁴².

Anos mais a frente, no início da República, Nuno Pinheiro de Andrade teceu críticas mais contundentes ao *contencioso administrativo* Imperial, qualificando-o como cheio de defeitos, falhas de organização, mal delineado, impreciso, mal formado, tudo isso, irremediavelmente agravado pela timidez daqueles que se incumbiam da tarefa de julgar, o que colocava os direitos individuais “entregues a uma sombra de justiça, dependente do poder autoritário do governo, em uma monarquia quase absoluta”. Na sua concepção, ainda que a lei imperial tivesse criado órgãos administrativos perfeitos para julgar o *contencioso administrativo*, o instituto só estaria bem-acabado e construído com uma jurisprudência evoluída e organizada ao longo do tempo. Aduziu ser da própria natureza do *contencioso administrativo* originar confusão no campo de suas atribuições pela dificuldade de separar as jurisdições administrativas e judicial.

Para Andrade, era impossível comparar o *contencioso administrativo* do Segundo Reinado com o contencioso francês, sob o argumento de que a instituição francesa havia construído um terreno próprio, apresentando resultados extraordinários e superiores aos que se esperavam da simples construção teórica do instituto. Nuno Pinheiro de Andrade atribuiu o sucesso francês ao influxo da adiantada jurisprudência do Conselho de Estado e, em

³⁴² BASTOS, Aureliano Candido Tavares. **A Província:** estudo sobre a descentralização do Brasil. Rio de Janeiro: B. L. Garnier, 1870, p. 51.

contrapartida, afirmou que o *contencioso administrativo* do Brasil precisaria de longo tempo de prática para se transformar em uma organização regular³⁴³.

3.7 IDENTIFICAÇÃO DAS MATÉRIAS CONTENCIOSAS

Os administrativistas do Segundo Reinado buscaram soluções para identificar quais os assuntos deveriam pertencer à competência da jurisdição contenciosa administrativa. Essa identificação era primordial para evitar que tais assuntos fossem confundidos com matérias do contencioso judicial ou com as pertencentes à jurisdição graciosa, operando-se invasões de competências.

Veiga Cabral comentou que a identificação de tais matérias era uma questão difícil de ser resolvida, não só na teoria, como também na prática, mas não se poderia deixar de investigar quais seriam os assuntos que, pela própria natureza, recairiam sob a medida desta jurisdição. Aduziu que, após estabelecida esta competência, todos os negócios que lhe iriam seguir formariam o contencioso administrativo. Para identificar, diante de um caso concreto, se a matéria pertenceria ao *contencioso administrativo*, propôs três condições a serem observadas: 1) a existência de um *ato administrativo*; 2) a existência de um *interesse individual* fundado em um *direito adquirido* e; 3) a ocorrência de um *debate* cujo tema não poderia versar sobre matéria constitucional, nem civil ou penal³⁴⁴, pois tais assuntos excludentes pertenceriam à jurisdição dos tribunais judiciais. Veiga Cabral também apontou exceções a estas condições: as reclamações relativas à aplicação das leis pertencentes à organização e atribuições dos poderes políticos; as reclamações que se referiam aos títulos de propriedade e aos meios de direito comum, as penas pecuniárias, as multas em assuntos de estradas, transportes e em defesa do país, pela necessidade de pronta decisão³⁴⁵.

³⁴³ ANDRADE, Nuno de Pinheiro. **O contencioso Administrativo no Império e o Julgamento dos Atos Administrativos na República**. Rio de Janeiro: Typographia do Jornal do Comercio, 1915, p. 673.

³⁴⁴ Segundo Prudêncio Giraldes Veiga Cabral (1859), as disposições civis, em sentido lato, compreenderiam os negócios comerciais e as penais, as questões e penas policiais, exceto as que tendem à defesa do país e estradas públicas.

³⁴⁵ Ibidem., p. 52-53.

Esclarecendo melhor as condições acima apontadas, Cabral aduziu que o poder de julgar administrativamente não poderia ser exercido, indistintamente, sobre todas as reclamações suscitadas em função de atos administrativos. No seu ponto de vista, a competência da jurisdição administrativa era restrita a reclamações apoiadas em um *direito adquirido* do particular, preexistente ao ato administrativo que o prejudicou. Assim, a delimitação da competência administrativa somente se justificaria pela natureza do interesse que o cidadão reclamava, independente da natureza do ato administrativo³⁴⁶. Em outras palavras, para Cabral, a matéria pertenceria à competência da justiça administrativa se a reclamação tivesse como fundamento a violação, por um ato administrativo, de um *interesse individual* decorrente de um *direito adquirido*. Entretanto, em sua doutrina, o autor não logrou definir o que entendia por *interesse* e por *direito adquirido*.

Segundo Vicente Pereira do Rego, a *ação administrativa* compreendia os atos emanados da autoridade dos administradores, enquanto não surgissem reclamações contra eles por parte dos particulares. Na medida em que o cidadão reclamava dessas ações, surgia a partir desse debate a *jurisdição administrativa*³⁴⁷. Por outro lado, a competência da *jurisdição administrativa* incluía tanto o julgamento das *matérias graciosas* como das *matérias contenciosas*. Muito embora tais ações fossem exercidas pelos mesmos funcionários, seus objetos seriam distintos e não poderiam ser confundidos.

Para diferenciar as *matérias graciosas* e *contenciosas*, a questão consistia em saber se a reclamação era fundada em um *simples interesse* (vantagem anteriormente concedida ao cidadão), e nesse caso, seria *matéria graciosa*, ou se invocava um *direito adquirido*, sendo este caso, portanto, de *matéria contenciosa*. O *direito adquirido* manifestava-se quando o ato ou o fato contra o qual se reclamava tivesse violado uma obrigação da administração de observar esse direito, sendo fontes dessas obrigações a lei e o contrato. Por sua vez, quando se tratava da violação de *simples interesse* do cidadão, não havia essa obrigação por parte da administração³⁴⁸.

³⁴⁶ Ibidem., p. 140.

³⁴⁷ REGO, Vicente Pereira. **Elementos de Direito Administrativo Brasileiro**. 2ª. Ed., Recife: Typographia Commercial de Geraldo Henrique de Mira & C., 1860, p. 88.

³⁴⁸ Ibidem., p. 89.

Ainda para diferenciar a matéria contenciosa da graciosa, Rego pontuou o seguinte: 1) Em *matéria graciosa*, nem sempre seria admissível um recurso para o Conselho de Estado. Mas, no que dizia que diz respeito à *matéria contenciosa*, sempre seria admitido este recurso, exceto quando se tratasse de decisão proferida em última instância; 2 – Em *matéria graciosa* sempre poderia ser interposto recurso de apelação de decisão proferida pela administração “mal informada” para a administração “melhor informada”. Entretanto, tratando-se de *matéria contenciosa*, aplica-se a autoridade da coisa julgada, com o mesmo rigor da jurisdição judiciária; 3 – As *matérias graciosas* não apresentavam, no curso do processo, formalidades e nem prazos fatais. Entretanto no processo *contencioso* eram exigidas formalidades e dilações³⁴⁹.

Desse modo, a regra proposta por Rego para definir a *jurisdição administrativa contenciosa* consistia em duas etapas. Inicialmente, deveriam ser separadas as matérias da jurisdição *administrativa* das que pertenceriam à *jurisdição judiciária* e, a seguir, dentre as matérias da jurisdição administrativa, deveriam ser discriminadas as matérias da competência administrativa *contenciosa* e *graciosa*.

As matérias do *contencioso administrativo*, segundo Rego, abrangiam, por sua vez, duas classes de matérias distintas: 1) aquelas que eram da jurisdição contenciosa administrativa em virtude da vontade expressa do legislador, e nesse caso, não havia problemas em identificá-las e; 2) as matérias que pertenciam à jurisdição contenciosa administrativa em razão de sua natureza, sem que fosse preciso existir uma disposição expressa para lhe atribuir a natureza contenciosa. Este caso compreendia todas as reclamações fundadas em um direito do cidadão que teria sido atingido por um ato administrativo propriamente dito, ou seja, o ato que consistia na aplicação da lei ou de um regulamento, afetando o direito adquirido, de natureza administrativa, do particular. Esta seria em resumo as regras que distinguiriam o *contencioso administrativo* do judiciário e para determinar a alçada de cada uma destas jurisdições³⁵⁰.

³⁴⁹ Ibidem., p. 87.

³⁵⁰ REGO, Vicente Pereira do. **Elementos de Direito Administrativo Brasileiro comparado com o Direito Administrativo francês segundo o método de P. Pradier Fodéré**. Tomo I, Recife: Typographia Universal, 1857, p. 170.

A fórmula proposta por José Antonio Pimenta Bueno para identificar as matérias atinentes à jurisdição administrativa era bem mais simples, pois, segundo ele, o *contencioso administrativo* não seria um todo distinto, mas o complexo de todo e quaisquer atos da administração, desde que este ato violasse um direito perfeito. Bastaria, portanto, existir um ato administrativo e um direito por ele ofendido. Nesse diapasão, quando um ato administrativo ofendia um direito, era indiferente se a matéria tratava de rendas públicas, minas, pensões, estradas, recrutamento ou qualquer outro assunto, e era também indiferente se o ato era da administração pura ou de mero império. O que importava era o dever de justiça de respeitar a lei. Pimenta Bueno via como inadmissível e insustentável a transgressão da lei e a postergação do direito. Assim, os atos de mero império ou de ação governamental poderiam, excepcionalmente, tornar-se contenciosos, desde que ofendessem um dispositivo legal, um direito rigoroso. Da mesma forma, se um regulamento do poder Executivo atacasse um direito, isso também autorizaria o cidadão ofendido a recorrer à Coroa, em seu Conselho de Estado, por via contenciosa, não para pedir revogação geral, mas para que não fosse aplicado aquele regulamento³⁵¹.

José Rubino de Oliveira pregava a importância de manter a independência da administração para praticar atos puramente administrativos, ressaltando que esta não poderia sujeitar-se à apreciação dos outros poderes, sob pena de causar prejuízo ao interesse público. Entretanto, a administração só poderia exercer a sua judicatura após a apresentação da reclamação pelo administrado, fundada em um direito de ordem administrativa, que foi lesado ou ferido por um ato dessa espécie.

Na concepção de José Rubino de Oliveira, não havia necessidade de criar uma nomenclatura para incluir todos os negócios que, por natureza, pertenceriam à competência da jurisdição contenciosa administrativa, e apresentou quatro pressupostos para identificar as matérias dessa jurisdição. Seriam eles: 1) preexistência de um direito de ordem administrativa a favor do administrado; 2) uma obrigação correspondente, da parte da administração, de reconhecer tal direito; 3) a existência de um ato puramente administrativo, lesando ou ofendendo a este direito e; 4) uma reclamação da parte do administrado contra a administração, em razão da ofensa ou lesão do mesmo direito. Ocorrido o conjunto de todos

³⁵¹ BUENO, José Antonio Pimenta. **Direito Público Brasileiro e Análise da Constituição do Império**. Rio de Janeiro: Typographia Imp. e Const. de J. Villeneuve e E.C. 1857, p. 298.

estes elementos essenciais, surgiria a matéria contenciosa administrativa. Caso falhasse um desses elementos, ou a administração não teria atuado como autoridade quando praticou o ato lesivo, ou o direito em questão não seria daquela alçada³⁵². Para José Rubino de Oliveira, uma vez determinados os elementos componentes da sua matéria, este seria um critério certo para, por meio dele, conhecer, em cada hipótese, se a espécie era ou não dessa competência. Verificada a existência de matéria contenciosa administrativa resultante da ocorrência dos elementos determinados, poderia a administração exercer a respectiva jurisdição³⁵³.

Ao discorrer sobre a competência administrativa, em geral, o Conselheiro Ribas afirmou que o trabalho de traçar o limite entre o *contencioso administrativo* e o judiciário era muito mais dificultoso do que delimitar a jurisdição administrativa graciosa da contenciosa. A separação das matérias administrativas das judiciais, segundo o autor, era um dos pontos de maior importância, mas a dificuldade residia no fato de a legislação pátria ser muito deficiente, não apresentando fórmulas claras e precisas sobre o assunto. Ribas recorreu à teoria do Direito Administrativo, tomando como base a índole das instituições. Para ele, o *contencioso administrativo* só teria lugar quando a administração atuasse como ramo do poder social, incumbindo-se de zelar sobre o interesse geral. Neste caso, a discussão entre os particulares e a Administração sobre os seus direitos administrativos ou civis era feita no sentido lato. Em contrapartida, quando a administração atuava como pessoa jurídica, ou seja, quando o Estado equipara-se ao particular em relação aos direitos patrimoniais de que ele é capaz, a competência pertenceria ao contencioso judiciário e, nesse caso, a discussão entre o cidadão e a administração sobre os direitos privados seria feita no sentido estrito³⁵⁴.

Decorrente dessa distinção, Ribas aduziu que os atos administrativos também poderiam assumir dois sentidos: atos da administração, quando a administração age como ramo do poder social e, nesse caso, ao lesar o direito dos administrados poderia ensejar recurso administrativo;

³⁵² OLIVEIRA, José Rubino. **Epítome de Direito Administrativo**. São Paulo: Leroy King Bookwalker, 1884, p. 218.

³⁵³ Ibidem., p. 219.

³⁵⁴ RIBAS, Antonio Joaquim. **Direito Administrativo Brasileiro**. Rio de Janeiro: F. L. Pinto &C, 1866, p. 166-167.

ou atos administrativos da administração, quando ela age como pessoa jurídica, não sendo estes da competência do contencioso administrativo³⁵⁵.

Em suma, para o Conselheiro Ribas, o *contencioso administrativo* abrangia, atuando a administração como *poder público*: 1) os processos em que os administrados discutiam com a administração o direito que julgavam ter a obter dela, alguma coisa ou algum ato, positivo ou negativo, que estivesse na esfera de suas atribuições, como no caso da tomada de contas aos responsáveis pelos dinheiros públicos, ou de quaisquer pretensões que se fundem em direitos; 2) os processos em que os administrados discutiam, entre si, os seus direitos *quanto ao modo* pelo qual a administração, como ramo do poder público, deveria exercer sua atribuição, como no caso da distribuição dos encargos e gozos comuns.

Quanto ao poder *contencioso judiciário*, este abrangia: 1) os processos entre os particulares, nos quais litigavam direitos privados, como direitos de família, das coisas, das obrigações, ou das sucessões e; 2) os processos em que os particulares litigavam com a administração, considerada esta como representante da pessoa jurídica – o Estado, acerca dos direitos e obrigações de que este era capaz³⁵⁶. Acrescentou Ribas que, quanto ao direito penal, a sua aplicação, em regra, pertencia ao contencioso judiciário; mas que no caso das penas administrativas, pertenciam esses assuntos ao *contencioso administrativo*³⁵⁷.

Após mencionar os princípios gerais que, no seu entendimento, determinavam as raiais do *contencioso administrativo* em relação ao judiciário, Ribas esclareceu que tais princípios podiam estar sujeitos à exceções legais, sendo este o caso da *desclassificação*, que foi um instituto também discutido no Direito Administrativo francês.

Sobre a desclassificação, Ribas apontou duas espécies: 1) a que ocorria quando a lei sujeitava à jurisdição administrativa matérias que, por sua natureza, seriam da competência da jurisdição judiciária (ou vice-versa) e; 2) a que ocorria quando a lei sujeitava à jurisdição administrativa contenciosa matérias que, pela sua natureza, seriam da jurisdição administrativa graciosa (ou vice-versa)³⁵⁸. Nesta última hipótese, o legislador afastava os

³⁵⁵ Ibidem., p. 168.

³⁵⁶ Ibidem., p. 169.

³⁵⁷ Ibidem., p. 170.

³⁵⁸ Ibidem., p. 172.

princípios gerais da competência para dar maior segurança a *interesses* que, embora não fossem direitos, a lei considerava importante que fossem discutidos e julgados como se fossem da competência da justiça administrativa³⁵⁹.

Com relação ao primeiro caso, Ribas aduziu que o simples fato da lei atribuir à autoridade administrativa uma matéria cuja natureza seria judicial (ou vice-versa), ainda faltava um requisito para se estabelecer o instituto da *desclassificação*: o exercício da autoridade que recebeu matéria alheia deveria ser feito como se tal matéria pertencesse à sua competência. Pois, de outro modo, ou seja, se a autoridade viesse a atuar de acordo com natureza da matéria, não seria o caso de desclassificação, mas de acumulação de funções³⁶⁰.

Segundo Ribas, poderia parecer, à primeira vista, que as desclassificações de primeira espécie (ocorridas entre jurisdição administrativa e judicial) estivessem ampliando ou restringindo a esfera de ação do poder judicial em relação à administração. Isso poderia ser visto, aparentemente, como infração à Constituição, pois a jurisdição administrativa não estaria autorizada a julgar assuntos da esfera judiciária. Entretanto, o Conselheiro entendia que as matérias judiciais não estavam limitadas pela Constituição e que o poder Legislativo poderia incumbir-se de descrevê-las da forma como julgasse conveniente aos interesses públicos. Entretanto isto não seria autorizado em relação às questões relacionadas a direitos políticos e individuais do cidadão, pois tais matérias estavam definidas na Constituição³⁶¹.

Por fim, ao tratar sobre a delimitação das matérias, Visconde de Uruguai reportou-se ao fracasso da tentativa francesa de elaborar uma nomenclatura para definir, com precisão, as matérias contenciosas a serem julgadas pela justiça administrativa. Citou a doutrina do francês Vivien, que compreendia o *contencioso administrativo* como composto de todas as reclamações fundadas na violação das obrigações impostas à administração pelas leis e regulamentos que a regiam e pelos contratos que subscrevia³⁶². Na visão de Uruguai, era impossível tomar, uma por uma, todas as leis administrativas para procurar, em cada uma

³⁵⁹ Ibidem., p. 175.

³⁶⁰ Ibidem., p. 173.

³⁶¹ Ibidem., p. 180.

³⁶² URUGUAI, Visconde de. **Ensaio sobre o Direito Administrativo**; tomo I. Rio de Janeiro: Nacional 1862, p. 108.

delas, as disposições que conferiam direitos aos cidadãos e declarar qual a jurisdição competente para julgá-las. E mesmo que tal investigação fosse possível de realizar, a lei que a consagrasse estaria sempre incompleta³⁶³.

Na concepção de Uruguai, a delimitação de matérias contenciosas só seria possível por meio da prática, da análise da jurisprudência, que reunia e fornecia os elementos necessários para tal definição. A organização de jurisprudência, segundo ele, envolvia um trabalho preciso, ordenado, metódico. Era necessário um estudo persistente, desenvolvido ao longo do tempo, para organizar todos os assuntos decididos, pertinentes à complicada administração das sociedades modernas, cheia de exigências e necessidades³⁶⁴. Asseverou, entretanto, que essa ordenação de julgados ainda não havia sido feita, até aquele momento, no Segundo Reinado, o que dificultava a identificação das matérias contenciosas:

Se em 1841, quando foi instituído o Conselho de Estado do Segundo Reinado, se houvessem ordenado que as respectivas sessões examinassem previamente, antes de interpor parecer sobre o merecimento da questão, se era de natureza graciosa ou contenciosa, possuíramos hoje, classificadas, matérias de 20 anos que poderiam dar alguma luz sobre o nosso contencioso administrativo, que temos e no poderemos deixar de ter, embora não saibamos bem o que ele é.

Não se fez isso, e não é de admirar que não ocorresse a necessidade de fazê-lo, porque a defectiva e imperfeitíssima lei do nosso Conselho de Estado, não deu [...] alcance algum à importantíssima distinção entre gracioso e o contencioso, posto que a consagrasse. Cuidou-se mais do Conselho de Estado como político do que como administrativo³⁶⁵.

Destarte, ao mesmo tempo em que Uruguai apontava a jurisprudência consolidada do Conselho de Estado como a fonte apropriada para delimitar, com precisão, o que seria matéria contenciosa e a matéria graciosa, ressentiu o jurista sobre a ausência dessa organização do Conselho de Estado do Segundo Reinado, ainda que, na época, o órgão já contasse com 20 anos de existência.

3.8 O CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO NO SEGUNDO REINADO

³⁶³ Ibidem., p. 109.

³⁶⁴ Ibidem., p. 111.

³⁶⁵ Ibidem., p. 111-112.

Aqui falaremos sobre o conceito de *contencioso administrativo* no Segundo Reinado. O dicionário de Antônio Moraes Silva apresenta os seguintes significados dos verbetes *contencioso*, *jurisdição contenciosa*; *contencioso administrativo*:

Contencioso, ósa, adj. Litigioso, onde se demanda direito: V. g. foro contencioso; i.e tribunaes onde se demanda, e litiga.

§ **jurisdição contenciosa**: a que se exerce entre pessoas constrangidas, com conhecimento de causa.

§ S. m. (I. d.'administração) o contencioso; os negócios contenciosos.

§ **Contencioso administrativo**; negócios cujo julgamento pertence aos tribunais administrativos, por oposição aos litígios que são da alçada judiciária (grifos do autor)³⁶⁶.

Como podemos perceber, o significado do verbete *contencioso administrativo* vinculava-se aos “negócios” (matérias contenciosas) e à competência para julgar tais negócios (tribunais administrativos). Informa, ainda, a oposição ao *contencioso judiciário*.

Mas qual seria o conceito de *contencioso administrativo* formulado pelos doutrinadores do Direito Administrativo do Segundo Reinado? Para esta investigação, selecionamos os seguintes autores: Vicente Pereira do Rego, Prudêncio Giraldes Veiga Cabral, Antônio Joaquim Ribas, Visconde do Uruguai, e José Rubino de Oliveira.

3.8.1 O conceito de Vicente Pereira do Rego

Comentamos anteriormente que a obra doutrinária de Vicente Pereira do Rego foi a pioneira do Direito Administrativo, no Brasil, intitulada *Elementos de Direito Administrativo*

³⁶⁶ SILVA, Antônio de Moraes. **Dicionario da Lingua Portuguesa**. V.1; 8ª ed., revista e melhorada. Rio de Janeiro: Editora –Empresa Literaria Fluminense, 1890, p. 528.

Brasileiro comparado com o Direito Administrativo Francês, segundo o método de P. Pradier-Fodéré, apresentada em dois volumes e editado pela Tipografia Universal, em 1857. Conforme consta no título, o livro foi inspirado na doutrina do jurista francês Pradier-Fodéré, considerada pelo autor a mais apropriada para dela extrair os princípios gerais do direito administrativo brasileiro. A segunda edição do seu livro foi publicada em 1860, com o título *Elementos de Direito Administrativo Brasileiro, para uso das Faculdades do Império* e, por fim, a terceira e última edição, publicada em 1877, foi intitulada *Compendio do Direito Administrativo ou as Repetições escritas sobre Elementos de Direito Administrativo, aprovado pelo governo imperial para ser aplicado nas Faculdades do Império*. Observamos que as três edições não alteraram substancialmente o conceito aqui tratado, pelo que optamos por adotar a primeira edição, publicada em 1957.

Inicialmente, para definir o conceito de *contencioso administrativo*, Pereira do Rego parte dos conceitos de *objeto contencioso* e de *jurisdição*³⁶⁷ *contenciosa*: *objeto contencioso* era aquele que estivesse sendo disputado entre duas partes e *jurisdição contenciosa* era a exercida pelos juízes naturais³⁶⁸ e ordinários³⁶⁹. A partir daí o autor definiu que o *contencioso administrativo* seria a “jurisdição da administração, que nesse caso atuaria como juiz natural e ordinário de seus atos”³⁷⁰. Nesse primeiro momento, observamos que Rego associou o conceito de *contencioso administrativo* com o *sistema de jurisdição* atribuído à administração, partindo do princípio de que a administração deveria julgar as reclamações que surgissem em decorrência de seus atos, seja violando simples interesses ou direitos dos particulares.

³⁶⁷ “A jurisdição é o poder do juiz. A competência é a medida desse poder. [...] Sendo a jurisdição, em geral, o poder do juiz, segue-se que a jurisdição administrativa é o poder dos juízes administrativos.” (REGO, 1857, p. 163-164).

³⁶⁸ O juiz natural é a autoridade competente para julgar determinada matéria. O princípio do juiz natural estava inserido na Constituição de 1824, art. 179, inciso XI: “Ninguém será sentenciado, se não pela Autoridade competente, por virtude de Lei anterior, e na forma por ela prescrita”.

³⁶⁹ A figura do juiz ordinário havia sido extinta pelo art. 8º do Código Criminal (lei de 29 de novembro de 1832) (FERREIRA, Desembargador Vieira. Juízes e Tribunais do Primeiro Império e da Regência. In **Boletim do IHGB**. RJ: Imprensa Nacional, 1937, p. 32). Acreditamos que o sentido dado por Vicente Pereira do Rego refira-se ao juiz incumbido de aplicar a justiça na área jurisdicional de sua competência, em analogia à figura do juiz ordinário do período colonial.

³⁷⁰ REGO, Vicente Pereira do. **Elementos de Direito Administrativo Brasileiro comparado com o Direito Administrativo francês segundo o método de P. Pradier Fodéré**. Tomo I, Recife: Typographia Universal, 1857, p. 8 (nota de rodapé).

Mais adiante Rego desenvolve seu raciocínio, aduzindo que o particular prejudicado pela ação administrativa teria à disposição dois tipos de recursos para a sua defesa: o *recurso gracioso* e o *recurso contencioso*, conforme o bem jurídico violado. No caso de ter sido violado um *simples interesse* do particular, este poderia dirigir ao governo um recurso gracioso, solicitando a reforma de seu ato, através de uma simples petição, sem fórmulas solenes. E se fosse o caso de violação de um *direito* previsto em lei, regulamento ou contrato (que ele chama de direito adquirido), o recurso cabível seria o contencioso, cujo exercício exigiria formalidades. Com relação ao recurso contencioso, acrescentou que o órgão recursal seria o Conselho de Estado, designado para interpretar leis e regulamentos que envolvessem relações do Estado com particulares, com o intuito de solucionar o conflito. Acrescentou que, ainda que fosse o caso de uma disputa privada (entre dois particulares), havendo questões prejudiciais de ordem administrativa³⁷¹, o processo deveria ficar pendente, sendo encaminhado o seu julgamento para um tribunal administrativo³⁷², para depois retornar ao seu curso. Da mesma forma deveria ocorrer a suspensão de um processo administrativo, para que fossem julgadas questões incidentais cíveis por um tribunal comum³⁷³.

³⁷¹ Na ordem puramente administrativa, a direção parte do centro para chegar a todos os pontos da circunferência. Na ordem contenciosa, ao contrário, as contestações partem das localidades para se elevar, gradualmente até o poder central. (Ibidem., p. 163).

³⁷² Para Vicente Pereira do Rego, tribunais administrativos são autoridades coletivas ou individuais que as leis se encarregam de estatuir sobre o contencioso administrativo. Dentre tais autoridades, umas conheciam de matérias numerosas e variadas, como o Conselho de Estado, os Ministros, e os Presidentes de Província (tribunais administrativos gerais). Outras apenas conheciam de uma ordem determinada de matérias como o Tribunal do tesouro (tribunais administrativos especiais). A jurisdição administrativa contenciosa apresentava uma organização completa e exercia atribuições exclusivamente próprias e, na visão do autor, ela não poderia ser encarada como um desmembramento da jurisdição judiciária. A jurisdição administrativa teria origem, existência e natureza totalmente distinta e independente da jurisdição judiciária. Para Rego, toda justiça judiciária seria delegada, porém o mesmo não ocorria com a justiça administrativa. A delegação da justiça judiciária estava prevista na Constituição, mas a delegação da justiça administrativa resultava somente das diversas leis administrativas. Essas diferenças eram importantes, mas não autorizavam afirmar que toda a jurisdição administrativa, fosse ela retida ou reservada de fato, ou ainda que devesse ser assim por princípio. Os diversos tribunais da jurisdição administrativa poderiam ser classificados de diferentes maneiras: 1) Conforme o número de suas atribuições dividiam-se em gerais e especiais; 2) Conforme o número de graus de jurisdição dividiam-se em tantas séries quanto são os graus que admitissem; 3) Conforme a força e autoridade de suas decisões, dividiam-se em três categorias: a) aquelas cujas decisões estão sujeitas à apelação; b) das que julgam em última instância; c) do Conselho de Estado que forma por si só uma classe e que junta à qualidade de Tribunal de apelação para muitos, dentre eles a de Tribunal de Cassação, para todos os Tribunais administrativos em França. (Ibidem., p. 165-166.).

³⁷³ Ibidem., p. 17-18.

Com apoio nas teorias administrativistas dos franceses Vivien, Chauveau Adolphe, Cormenin e Serrigny, Pereira do Rego assevera que o *contencioso administrativo* seria “composto de todas as reclamações provenientes da violação das obrigações impostas à administração pelas leis e regulamentos que as regem, ou pelos contratos celebrados com ela”³⁷⁴. Como podemos aferir dessa assertiva, o conceito associa-se ao objeto das reclamações, ou seja, o *contencioso administrativo* proviria do poder Executivo quando os seus atos violam um direito adquirido. Rego excluiu deste conceito a violação de meros interesses, cujas reclamações, puramente administrativas (não contenciosas), dependeriam somente da jurisdição graciosa³⁷⁵.

Para esclarecer melhor seu pensamento, Pereira do Rego aduziu que a administração teria dois tipos de poderes: o *poder discricionário* – inteligente e livre – e o *poder passivo* – e o poder regulado, dominado pela lei, pelo regulamento, por decretos ou pelos contratos que regem. Segundo ele, os atos do poder passivo da administração é que dariam lugar ao *contencioso administrativo*, sendo a justiça administrativa a jurisdição adequada para julgar as questões contenciosas e fazer prevalecer a equidade e o interesse do Estado (no sentido do interesse de todos), sobre o que estivesse previsto em lei³⁷⁶. Nesta definição, podemos observar que o *contencioso administrativo* estaria associado a um *ato passivo da administração*, ou seja, a um ato que necessariamente não poderia violar um direito previsto em uma regra jurídica.

Apesar de considerar interessante o debate sobre a quem deveria pertencer o direito de julgar o *contencioso administrativo*, ou se seria adequado à administração julgar a si mesma, Rego limitou-se a invocar os argumentos a favor da administração e, assumindo o posicionamento do barão de Locré³⁷⁷, afirmou que na justiça administrativa prevaleceria a

³⁷⁴ As fontes das obrigações seriam as leis e os contratos. Todas as vezes que uma reclamação de natureza administrativa se fundasse em um texto de lei ou em uma disposição contratual, a jurisdição seria a contenciosa. Essa regra fundava-se no caráter puramente privado da administração, que ainda deveria ser combinada com a distinção entre o contencioso administrativo e o judiciário e observar se o legislador, no caso analisado, expressamente não dispôs ao contrário. (Ibidem., p. 175).

³⁷⁵ Ibidem., p. 160.

³⁷⁶ Ibidem., p. 160.

³⁷⁷ LOCÉ (Jean-Guillaume, baron). **Du Conseil d'État, de sa composition, de ses attributions, de son organisation intérieure, de sa marche et du caractère de ses actes**. Paris: Garnery, 1810.

equidade, o interesse do Estado, sendo este traduzido como o interesse de todos, sobre “as disposições inflexíveis e estreitas da legislação positiva”.³⁷⁸ No entendimento de Rego, em nome do interesse público, a ação administrativa não poderia ser prejudicada, caso fosse julgada pelo poder judicial, pois as causas administrativas demandariam de uma solução pronta e pouco dispendiosa, partindo do próprio governo centralizado, ao passo que se julgadas por órgãos judiciais, isso acarretaria custas e dilações, que poderiam revoltar a consciência pública³⁷⁹.

Em síntese, Rego reproduz a teoria adotada por Pradier Fodéré:

A meu ver, o contencioso administrativo nasce das consequências e resultados da interpretação dos atos administrativos. Os tribunais (judiciários) não podem explicar, modificar, nem anular o ato administrativo. Logo deve o julgamento do contencioso administrativo pertencer à jurisdição administrativa. A existência do Conselho de Estado é uma garantia, que dá o poder executivo, de que a decisão não será definitiva, antes de ser submetida a um Conselho numeroso e ilustrado. Tendo, porém, o contencioso administrativo somente por objeto as contestações suscitadas por ocasião de um direito resultante, ora das leis que regem a administração, ora dos contratos celebrados por ela, a política propriamente dita, as negociações diplomáticas, os atos do Governo, as questões judiciais ou puramente administrativas, os atos legislativos, seriam estranhos a ele³⁸⁰.

De acordo com a exposição acima, a *competência* dos tribunais administrativos encerrava-se no círculo do *contencioso administrativo* emanado da administração, seja qual fosse a sua natureza e forma. Na falta desse ato, se o litígio é estranho à administração, há necessariamente contencioso judiciário, ainda quando a Administração seja parte no processo.

Para Rego, nem sempre ocorre o *contencioso administrativo* na presença de um ato administrativo, pois seria necessário fazer a esse respeito muitas distinções em razão da natureza do ato e do objeto da contestação. O ato pode ser regulamentar e geral, ou limitado a

³⁷⁸ REGO, Vicente Pereira do. **Elementos de Direito Administrativo Brasileiro comparado com o Direito Administrativo francês segundo o método de P. Pradier Fodéré**. Tomo I, Recife: Typographia Universal, 1857, p. 160.

³⁷⁹ Ibidem., p. 161.

³⁸⁰ Ibidem., p. 162.

um ou muitos casos particulares, ou meramente contratual. A contestação pode ter por objeto a reforma, a interpretação, a aplicação ou as consequências do ato³⁸¹.

O princípio da competência, segundo Rego, estaria fundado na necessidade de manter a independência da administração a respeito da autoridade judiciária. Essa competência também compreenderia os casos em que a ação administrativa encontrasse resistências que se opusessem à sua marcha. Se a reclamação não tendesse a comprometer a ação, cessaria a competência administrativa, salvo quando o legislador tivesse expressamente disposto ao contrário, como no caso das desclassificações³⁸².

Podemos concluir que o conceito de *contencioso administrativo*, na concepção de Vicente Pereira do Rego, seria: uma reclamação dirigida à jurisdição administrativa por um particular que teve o seu direito adquirido (previsto em lei ou contrato) violado por um ato administrativo passivo da administração pública; ou uma reclamação cujo objeto a lei teria definido como sendo matéria contenciosa.

3.8.2 O conceito de José Antonio Pimenta Bueno

Pimenta Bueno comenta, na introdução de sua obra, sobre a ausência de uma doutrina nacional no país, direcionada aos princípios fundamentais das leis administrativas, e que abordasse a regulação dos direitos e deveres dos cidadãos e dos poderes públicos em relação

³⁸¹ José Vicente Pereira do Rego distingue diversas espécies do ato administrativo. Se o ato fosse regulamentar e geral, a sua reforma poderia ser questionada administrativamente, mas não pelo meio contencioso. No seu entendimento, a interpretação do ato, sua aplicação e apreciação de suas consequências pertenceriam exclusivamente aos tribunais judiciais, por serem as disposições regulamentares, ou seja, seriam mais atos de legislação do que de administração. Se o ato fosse especial, ou seja, limitado a um ou muitos casos particulares, nesse caso seria verdadeiramente um ato administrativo. A sua reforma, sua interpretação, só poderia ser pronunciada pela autoridade administrativa graciosa ou contenciosa, seguindo suas distinções, mas sempre com exclusão da autoridade judiciária, a cujo respeito a ação administrativa deveria ficar independente e separada. A classe dos atos administrativos que compreendiam os contratos da administração com particulares, ainda que celebrados na forma administrativa, seriam regidos pelas leis civil e todas as dificuldades que poderia apresentar, seriam da alçada judiciária, salvo as exceções formais que o legislador entendesse serem conveniente estabelecer. (Ibidem., p. 168-169).

³⁸² Ibidem., p. 170.

ao exercício das relações políticas e administrativas, que considera requisito fundamental para a construção de uma sociedade livre³⁸³.

Para Bueno, se atos do poder Executivo infringem leis do Estado e, conseqüentemente, direitos individuais ou fórmulas protetivas de direitos, a autoridade deste poder é suscetível de ser contestada, pela via do recurso contencioso. Tratando-se de uma violação de um direito, e não de um mero interesse, infringindo uma lei, praticando um abuso, surge a obrigação da Administração de reformar o seu próprio ato. E se assim não proceder, a administração estaria, na verdade, colocando-se acima da lei, quebrando a segurança jurídica daquele direito.

O autor adotou o entendimento do jurista francês Vivien, no sentido de que enquanto não houver reclamação por parte do prejudicado, o exame dos próprios atos pode partir voluntariamente da administração ou de sua atitude discricionária. Mas se houvesse reclamação contenciosa por parte do cidadão prejudicado, a administração teria o dever de verificar se a violação atingiu um simples interesse ou um direito do cidadão. No caso de violação de um direito, qualquer que fosse o assunto sobre o qual a administração tenha operado, e surgisse reclamação por parte do particular, o recurso seria contencioso, e teria que ser deferido para se fazer inteira justiça³⁸⁴.

Assim, podemos aferir que, na visão de Bueno, a matéria objeto de questionamento, seja administrativa ou não, seria irrelevante na presença da violação de um direito do cidadão por parte da administração pública. Segundo o autor, o Conselho de Estado teria atribuições em relação a negócios que ele classificou como “quase contenciosos”. No seu entendimento, alguns assuntos administrativos que muito embora tivessem caráter contencioso, essa característica não iria predominar para classificá-los como matéria contenciosa, seja porque não configurassem propriamente um litígio, ou porque em alguns casos seria necessário preservar a liberdade da Administração, dando-lhe uma maior latitude de ação que seria indispensável aos interesses públicos. O que Bueno chamou de assuntos “quase contenciosos” seriam, na verdade, matérias pertinentes à jurisdição administrativa graciosa³⁸⁵.

Dentro desse raciocínio, Bueno construiu o conceito de *contencioso administrativo*:

³⁸³ BUENO, José Antonio Pimenta. **Direito Público Brasileiro e Análise da Constituição do Imperio**. Rio de Janeiro: Typographia Imp. e Const. de J. Villeneuve e E.C. 1857, p. iii-iv (introdução).

³⁸⁴ Ibidem., p. 231.

³⁸⁵ Ibidem., p. 294-295.

toda reclamação contra um ato administrativo que viola um direito individual garantido por lei, regulamentos, contratos feitos com a Administração ou que viole as competências, formas de instrução ou regras de decisão, ou que usurpa jurisdição, forma parte do todo dessas contestações que tomam nome de *contencioso administrativo*. A violação de qualquer lei administrativa pode dar lugar a uma tal reclamação. (grifos do autor)³⁸⁶.

Portanto, o que importava para Bueno, para caracterizar o *contencioso administrativo*, é que este se configurava por uma reclamação da parte do ofendido cujo objeto seria a violação de uma lei administrativa.

Para exemplificar o contencioso, o autor cita o exemplo de um cidadão que se sente injustiçado por ser obrigado pagar determinado imposto, ou que se insurge diante da desapropriação de sua propriedade, por tal conduta estar fora dos casos previstos em leis. O ato administrativo que assim infringisse o seu direito seria suscetível de contradição e tomaria o caráter de contencioso. Para Bueno, o *contencioso administrativo* não seria um todo distinto, mas o complexo de todos e quaisquer atos da administração que violassem um direito perfeito. Na linha do seu raciocínio, desde que existisse um ato administrativo e um direito por ele ofendido, a competência para solucionar a reclamação seria do Conselho de Estado, pois seriam casos que suscitariam o contencioso ou questão de justiça na administração. Assim, seria indiferente que se tratasse de rendas públicas, minas, pensões, estradas, recrutamento ou qualquer outro assunto em que não estivesse agindo a administração pura ou de mero império, mas dever de justiça, de respeito à lei, ao direito se realmente existisse. Os próprios atos que, em geral, se denominassem de mero império ou ação governamental poderiam tornar-se excepcionalmente contenciosos caso ofendessem uma lei, um direito rigoroso.

Para Bueno, um regulamento do poder Executivo que atacasse um direito, autorizaria o cidadão ofendido a recorrer à Coroa em seu Conselho de Estado, por via contenciosa, não para pedir a revogação geral, mas a revogação especial em relação a seu direito, para que este ato não lhe fosse aplicado, pois seria inadmissível e insustentável a transgressão da lei e a postergação do direito. Bueno também mencionou que alguns publicistas teriam opinado no sentido de que toda a questão contenciosa deveria ser subordinada aos tribunais judiciais e

³⁸⁶ Ibidem., p. 298.

que o *contencioso administrativo* seria uma usurpação feita à justiça ordinária e que outros juristas teriam, ao contrário, demonstrado, com toda a evidência, a diferença essencial que havia entre a contestação administrativa e a judiciária, assim como a necessidade de atribuir o conhecimento daquela ao governo pelo seu Conselho de Estado.

Ainda segundo o autor, o contencioso judicial só poderia incluir as questões dos particulares relacionadas aos seus interesses individuais, e só poderia subordinar a administração no único caso em que ela figurasse como mero particular. Nesse sentido, o *contencioso administrativo* afetaria não apenas os atos do poder administrativo, mas também os interesses do Estado como Estado, o bem social, o interesse coletivo em suas relações com os administrados. E se alguma exceção ocorresse nessa linha divisória, hipótese que considerou rara, deveria ser expressa e motivada por ponderada conveniência social³⁸⁷.

Em síntese, podemos verificar que o conceito de *contencioso administrativo*, à luz de Pimenta Bueno, surgiria de uma reclamação que questionasse um direito que tenha sido violado por qualquer ato da administração. Independentemente do assunto ali posto em debate, o recurso seria contencioso, sendo competente a jurisdição administrativa para julgar o caso concreto.

3.8.3 O conceito de Prudêncio Giraldes Veiga Cabral

A obra doutrinária de Veiga Cabral, como já mencionamos, é na verdade a exposição de um projeto de Código Administrativo, com o objetivo de apresentar princípios fundamentais coordenados com a legislação, vivificando os elementos da ciência do Direito Administrativo. A ideia era formar um corpo de doutrina para melhor compreensão das instituições, dos meios protetores contra os abusos e estabelecer a segurança nas relações do cidadão com o Estado.

No título VII, do livro intitulado *Jurisdição Administrativa, sua natureza e divisão, Graus de Hierarquia Administrativa*, Cabral expõe a sua ideia do que seria a *jurisdição administrativa*. Na sua concepção, para responder a essa pergunta era necessário,

³⁸⁷ Ibidem., p. 299.

primeiramente, estabelecer a base na qual essa jurisdição era exercida e qual a matéria a julgar. Com relação à base do exercício dessa jurisdição, Cabral aduz que o fundamento seria o princípio da separação dos poderes políticos do Estado, previsto na Constituição de 1824, decorrendo desse preceito o princípio conservador dos direitos dos cidadãos e o mais seguro meio de efetivar as garantias. A justiça administrativa seria o resultado natural da separação profunda entre os poderes Judiciário e administrativo, sendo este um desdobramento do princípio da separação dos poderes políticos. O *contencioso administrativo*, para Veiga Cabral, seria a matéria a julgar, admitindo o autor que essa seria uma questão tão difícil de responder na teoria e na prática. Para isso, seria preciso indagar qual seria, por sua natureza, a competência da Jurisdição administrativa, pois, segundo o autor, não existiria *contencioso administrativo* senão aquele que estivesse abaixo dessa jurisdição³⁸⁸.

Uma vez estabelecida a competência, todos os negócios que a seguissem formariam o *contencioso administrativo*, e propôs três condições para conceituá-lo:

1º. o ato da autoridade administrativa; 2º. o interesse individual fundado em um direito adquirido; 3º. o debate que não pertence à ordem constitucional, civil e penal. Dadas essas condições características do contencioso administrativo, o debate deve ser instaurado perante os Tribunais administrativos³⁸⁹.

Podemos observar que Veiga Cabral excluiu do conceito de *contencioso administrativo* as matérias civis. Em sentido lato compreenderiam os negócios comerciais, as matérias penais, que seriam as questões policiais (com exceção das questões relacionadas à defesa do país), e os assuntos constitucionais (exceto os assuntos relacionados a estradas públicas). Apontou também outras exceções à regra proposta: reclamações relativas à aplicação das leis pertencentes à organização e atribuições dos poderes políticos; as que se referiam aos títulos de propriedade e aos meios de direito comum; às penas pecuniárias, às

³⁸⁸ CABRAL, Prudencio Giraldes Veiga. **Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Typographia Universal de Laemmert, 1859, p. 52.

³⁸⁹ Ibidem., p. 53.

multas em assuntos de estradas, transportes, e em defesa do país, sob o argumento de que estes assuntos demandariam pronta decisão³⁹⁰.

Por conseguinte, na visão de Prudêncio Giraldes Veiga Cabral, o conceito de *contencioso administrativo* seria a definição da matéria administrativa objeto de questionamento a ser dirimido no âmbito da justiça administrativa.

3.8.4 O conceito de Antônio Joaquim Ribas

O Conselheiro Ribas traçou um breve histórico sobre a origem do *contencioso administrativo*, mencionando que a jurisdição administrativa não teria sido explicitada e amplamente desenvolvida na Constituição imperial porque as noções e ramos do Direito Administrativo ainda não tinham atingido, na época, certo grau de dedução e clareza, levando em conta que a antiga legislação e jurisprudência confundiam o contencioso judiciário e administrativo, e com eles a ação espontânea e graciosa da administração.³⁹¹ Asseverou que a inauguração do sistema constitucional representativo teria dado uma nova tendência ao espírito dos legisladores, que passaram a entender ser necessário separar e distribuir por autoridades distintas, as funções de ordem diversa, que esses tribunais exerciam³⁹².

Segundo Ribas, traçar os limites entre o *contencioso administrativo* e o contencioso judiciário era um dos pontos mais importantes e difíceis da ciência administrativa, e cuja legislação pátria era mais deficiente. Na ausência de fórmulas legais, claras e precisas, o autor recorreu à teoria geral do Direito Administrativo para fazer essa delimitação. No seu argumento, para que ocorresse o *contencioso administrativo*, os administrados deveriam usar como fundamento um direito, ao pedirem à administração que se fizesse, deixasse de fazer, consentisse ou que desse alguma coisa. Neste caso, seria fundamental distinguir o duplo caráter que a administração poderia assumir em relação ao administrado, uma vez que em certas ocasiões ela atuaria como ramo do poder social, incumbida de velar sobre o interesse

³⁹⁰ Ibidem., 53.

³⁹¹ RIBAS, Antonio Joaquim. **Direito Administrativo Brasileiro**. Rio de Janeiro: F. L. Pinto &C, 1866, p. 144.

³⁹² Ibidem., p. 146-147.

geral e, em outras, atuaria como representante da pessoa jurídica – Estado, equiparado às pessoas naturais quanto aos direitos patrimoniais de que ele seria capaz.

Explicou Ribas que o *contencioso administrativo* só teria lugar no primeiro caso, isto é, quando se invocava a ação da administração como ramo do poder social, ou se recorria de ato por ela praticado sob este mesmo caráter. Nesta hipótese, os particulares discutiriam com a administração os seus direitos administrativos, ou civis, em sentido lato. No segundo caso, quando a administração atuava como pessoa jurídica, ou seja, como representante do Estado, o administrado prejudicado deveria invocar o contencioso judiciário, pois essa seria a hipótese de discutirem seus direitos privados e civis no sentido restrito³⁹³.

Outra questão fundamental apontada por Ribas era a compreensão da palavra *ato administrativo*, que também poderia ser tomada em dois sentidos: ou para designar somente os atos que a administração pratica como ramo do poder social, ou para designar os atos praticados sob ambos os caracteres, ou seja, como ramo do poder social e quando atua como pessoa jurídica. Para o Conselheiro Ribas, quando o ato administrativo (seja ele regulamentar, geral, particular ou individual), tomado no primeiro sentido, viesse a causar lesão a direitos dos administrados, essa ação poderia dar lugar ao recurso administrativo.

Por outro lado, se o ato administrativo fosse tomado no segundo sentido, ou seja, quando a administração o pratica como representante da pessoa jurídica – neste caso, o Estado –, tal ação não seria da competência do *contencioso administrativo*, mas do contencioso judicial. Observou Ribas que nem todas as relações individuais e recíprocas dos particulares seriam da competência do contencioso judiciário, pois aquelas que se fundavam imediatamente no interesse geral, e apenas mediamente nos interesses privados, seriam, igualmente, da competência do *contencioso administrativo*, muito embora a administração não fosse parte direta nesses litígios³⁹⁴.

Nessa linha de raciocínio, Ribas conceituou o *contencioso administrativo* como sendo de duas espécies: I) os processos em que os administrados discutiam com a administração (considerada como ramo do poder público), o direito que julgavam obter dela alguma coisa ou

³⁹³ Ibidem., p. 166-167.

³⁹⁴ Ibidem., p. 168.

algum ato, positivo ou negativo, que estivesse na esfera de suas atribuições. E cita como exemplo o processo administrativo de tomada de contas dos responsáveis pelos dinheiros públicos, ou de quaisquer pretensões que se fundem em direitos; II) e aqueles processos em que os administrados discutiam entre si os seus direitos quanto ao modo pelo qual a administração (como ramo do poder público) deveria exercer sua atribuição, e cita como exemplo o processo da distribuição dos encargos e gozos comuns³⁹⁵.

Ribas diferenciou o *contencioso administrativo* do contencioso judiciário, que por sua vez abrangia: 1) os processos judiciais entre os particulares, em que se litigava acerca dos direitos privados, isto é, acerca dos direitos de família, das coisas, das obrigações, ou das sucessões; 2) e aqueles processos judiciais em que os particulares litigavam com a administração, atuando como representante da pessoa jurídica – o Estado – acerca dos direitos e obrigações de que este seria capaz.

Com base na teoria de Saviny, acrescentou Ribas que a capacidade jurídica do Estado compreenderia o direito de propriedade, o direito real sobre a coisa (*jura in re*), os das obrigações e sucessões, como meio de adquirir, e o poder sobre os escravos. E, quanto ao direito penal, a sua aplicação, em regra, pertenceria ao contencioso judiciário, mas em se tratando das penas administrativas, este assunto pertenceria ao *contencioso administrativo*³⁹⁶.

Esses eram os princípios definidos por Ribas que determinariam os limites do *contencioso administrativo*, ressaltando, porém, que estariam sujeitos às exceções legais, sendo essa a hipótese das desclassificações³⁹⁷.

³⁹⁵ Ibidem., p. 169.

³⁹⁶ Ibidem., p. 169-171.

³⁹⁷ Antonio Joaquim Ribas definiu as *desclassificações* como sendo as exceções, feitas pela lei, nos princípios gerais que determinavam a competência do contencioso administrativo e as classificou em duas espécies: I. quando a lei sujeitava à jurisdição administrativa matérias por natureza judiciárias ou, pelo contrário, quando sujeitava à jurisdição judiciária matérias por natureza administrativas. Nesse caso, a autoridade administrativa ou a autoridade judiciária deveria exercer a função alheia desclassificada, pelo mesmo modo como exercia as próprias, conhecendo a matéria estranha que a lei transferiu para a esfera da sua ação, como se conhecesse as matérias que, por natureza, lhe competiam. Ainda que reunidas na mesma pessoa, se essas duas ordens de funções fossem exercidas segundo a natureza própria de cada uma delas, ou seja, se a mesma pessoa ora atua como juiz, ora como administrador, não haveria, neste caso, desclassificação, mas tão somente acumulação de funções; II. A segunda espécie de desclassificação consistia na transferência de uma matéria própria da jurisdição graciosa para a contenciosa, ou vice versa, isto é, em abrir-se *recurso* nos casos em que a lesão só poderia dar lugar à reclamação, ou só se permitisse a reclamação nos casos em que pela natureza da lesão se deveria conceder recurso (Ibidem., p. 172-174), (grifos do autor).

Em síntese, Antônio Joaquim Ribas conceituou o *contencioso administrativo* como sendo o processo administrativo³⁹⁸, no qual o administrado discute direito violado ou o modo de atuação da administração pública exercer sua atribuição quando esta atua como ramo do poder público.

3.8.5 O conceito do Visconde do Uruguai

Visconde do Uruguai afirmava que quem fosse buscar noções de *contencioso administrativo* na doutrina francesa de Macarel, Degerando e outros escritores de grande nota, teria uma ideia errônea ou obscura, confusa e incompleta desse ramo importantíssimo do Direito Administrativo³⁹⁹. Segundo Visconde, a distinção capital entre a administração graciosa e o *contencioso administrativo* manteve-se confusa até o ano 8º da República Francesa. No seu entendimento, a administração graciosa obraria pelo interesse geral e a contenciosa decidiria sobre espécies, ou seja, sua decisão somente teria autoridade de caso julgado entre as partes. E, nesse caso, o *contencioso administrativo* estaria bem mais próximo do contencioso judicial⁴⁰⁰.

Para Uruguai, a chave para a compreensão da competência administrativa estaria no alcance das palavras *interesse* e *direito*, que seriam a base da importante distinção entre administração graciosa e contenciosa e entre o recurso gracioso e contencioso, expressões todas correlatas que, segundo o autor, os primeiros escritores franceses mal conheciam⁴⁰¹. O *interesse* seria uma vantagem, não reconhecida em lei ou por ato administrativo, que resultava para um indivíduo, que fosse ou não adotada uma certa medida administrativa pela administração. O *direito*, em matéria administrativa, poderia ser de duas ordens : 1) o *direito*

³⁹⁸ “Todos os negócios, que as partes submetem à jurisdição graciosa ou contenciosa por meio de simples petições, de reclamações, ou recursos, são sujeitos a uma forma simples e expedita, que compreende os atos indispensáveis para a instrução e final decisão dos negócios, é isto o que constitui o processo administrativo” (Ibidem., p. 138).

³⁹⁹ URUGUAI, Visconde de. **Ensaio sobre o Direito Administrativo**; tomo I. Rio de Janeiro: Nacional 1862, 1862, p. xii.

⁴⁰⁰ Ibidem., p. 46.

⁴⁰¹ Ibidem., p. 88-89.

propriamente dito (ou primitivo), inerente a alguém por virtude de lei; 2) o *direito adquirido*, que teria por origem em atos puramente discricionários. O ato discricionário, por sua vez, seria aquele em que a administração faz uma concessão ao administrado e o objeto concedido torna-se propriedade deste. A violação ou revogação deste ato administrativo discricionário constituía violação de um direito adquirido e a reclamação tornar-se-ia contenciosa⁴⁰².

Segundo Uruguai, para que ocorresse o *contencioso administrativo*, não bastava a violação de um direito qualquer, sendo essencial que se verificassem quatro condições: 1) antes de tudo, era necessário que existisse um ato especial ou um fato particular administrativo. Para que o ato ou fato tivesse caráter administrativo, era necessário que emanasse de uma autoridade de ordem administrativa ou que dissesse respeito a um assunto administrativo, conforme entendia Daloz; 2) era necessário que a questão não se fundisse em títulos pertencentes ao direito comum, ou seja, que não pertencesse à ordem civil ou penal, ou que o seu conhecimento não estivesse afeto por lei a outra autoridade; 3) seria necessário que a colisão se desse entre o interesse público, por um lado, e o direito do particular por outro; 4) era necessário que o ato administrativo não emanasse de uma autorização positivamente discricionária, conferida pela lei, que importasse necessariamente o sacrifício dos direitos que poderiam ser opostos àquele ato⁴⁰³.

Nessa linha de raciocínio, para formular o conceito de contencioso administrativo, Uruguai combinou conceitos absorvidos da doutrina de vários administrativistas franceses, como Chauveau⁴⁰⁴, Serrigny⁴⁰⁵, Daloz, Foucart,

⁴⁰² Ibidem., p. 89-91.

⁴⁰³ Ibidem., p. 95.

⁴⁰⁴ Adolphe Chauveau estabeleceu uma proposição por meio da qual entendia que poderia ser resolvidos quase todos os casos de competência administrativa. O caráter dominante e distintivo do contencioso administrativo resumia nessa proposição: “o interesse especial que emana do interesse geral, discutido, em contato com um direito privado”. Uruguai duvidava que uma matéria tão vasta e complicada, como era o contencioso administrativo pudesse ser perfeitamente encerrada em uma breve fórmula e definida em poucas palavras. Segundo ele, a fórmula de Chauveau e o alcance que se podia dar, a administração graciosa e discricionária ficaria extremamente reduzida, o que emporeceria muito a marcha da administração. (URUGUAI, Ibid., p. 105-106).

⁴⁰⁵ Para Serrigny, somente haveria contencioso administrativo no caso em que a reclamação fosse apoiada sobre um direito que a administração teria obrigação de respeitar. (URUGUAI, ibid., p. 108).

É contencioso ou dá lugar ao contencioso o ato administrativo fundado em um interesse especial, que emana do interesse geral, discutido, em contato com um direito privado, contanto que aquele ato administrativo não emane de um poder discricionário especialmente conferido pela lei, porque então é a lei que autoriza a ferir ou modificar o direito. E não há direito contra direito⁴⁰⁶.

Analisando a definição de Uruguai, poderemos aferir que o direito privado que foi violado por um ato administrativo só ensejaria o *contencioso administrativo* se este ato fosse fundado no interesse especial, ou seja, na concretização individualizada do interesse geral, que por sua vez é abstrato e de toda sociedade. Este ato também não poderia emanar do poder discricionário especialmente autorizado pela lei, por ser exercido dentro dos limites que ela fixou, pois, se assim fosse, a hipótese seria de contencioso judicial.

Na opinião de Uruguai, o *contencioso administrativo* só teria limites claros e firmes com a prática, com o tempo, com trabalho, ordem, método e estudos persistentes para formar uma jurisprudência administrativa do Conselho de Estado⁴⁰⁷.

Para melhor compreensão, construímos um quadro para diferenciar o poder administrativo gracioso e contencioso, conforme a teoria do Visconde do Uruguai:

Quadro 1- poder administrativo gracioso e contencioso

<u>Poder Administrativo gracioso</u>	<u>Poder Administrativo contencioso</u>	
confronto: interesse geral x interesse individual	confronto: interesse geral x direito individual	
ato administrativo puramente discricionário.	<u>Direito propriamente dito:</u> resguardado por lei defesa do cidadão: <i>recurso contencioso de jurisdição judiciária</i>	<u>Direito Adquirido:</u> resguardado por ato administrativo especial - defesa do cidadão: <i>recurso contencioso de</i>
defesa do cidadão: recurso <i>gracioso</i>		
jurisdição graciosa é sempre administrativa.		
A Administração pode voltar atrás e reformar espontaneamente a sua		

⁴⁰⁶ Ibidem., p. 108.

⁴⁰⁷ Ibidem., p. 111.

determinação.		<i>jurisdição administrativa</i>
---------------	--	--------------------------------------

Fonte: URUGUAI, Visconde do. 1862.

3.8.6 O conceito de José Rubino de Oliveira

José Rubino de Oliveira publicou o livro *Epítome de direito administrativo brasileiro*, que na parte Quinta trata sobre a Justiça Administrativa⁴⁰⁸. Segundo o autor, para que fosse possível o exercício da jurisdição contenciosa administrativa, não bastaria a existência de uma reclamação em nome de um direito qualquer, mas um direito de *ordem administrativa*. No seu entendimento, somente poderiam servir de base ao contencioso os *direitos adquiridos* firmados com fundamento em leis, decretos, regulamentos, contratos e atos, concernentes à administração, ou seja, um direito que impusesse o respeito por parte da administração⁴⁰⁹.

José Rubino definiu a jurisdição administrativa como o poder imanente da administração decidir, como autoridade, as questões suscitadas pelos administrados, diferenciando-a em duas espécies: graciosa (que teria como objeto as reclamações levantadas sobre ofensa de simples interesses) e contenciosa (destinada a decidir questões relativas a lesão de direito). A identificação da matéria sobre qual era exercida a jurisdição contenciosa administrativa não era suficiente para ensejar uma reclamação com fundamento em um direito qualquer, sendo necessário que o direito em defesa do qual se reclamava fosse de ordem administrativa⁴¹⁰.

Para José Rubino, o domínio do direito administrativo era limitado e distinto dos demais ramos do direito em geral, não sendo facultado à administração atuar em outras esferas. Dessa forma, somente na ordem administrativa poderia a administração exercer as suas funções jurisdicionais contenciosas e, conseqüentemente, o direito sobre cuja lesão a administração deveria pronunciar-se. Também deveria estar previsto em legislações

⁴⁰⁸ OLIVEIRA, José Rubino. **Epítome de Direito Administrativo**. São Paulo: Leroy King Bookwalker, 1884.

⁴⁰⁹ Idem., p. 215-216.

⁴¹⁰ Ibidem., p. 216.

administrativas e ter sido violado por ato especial e de autoridade dessa ordem. José Rubino definiu como sendo atos administrativos aqueles que emanavam da administração, que seriam de duas espécies: 1) atos que a administração praticava como ramo do poder social, com império, em nome do interesse público, sendo aplicadas nos casos especiais as leis administrativas de interesse geral (atos puramente administrativos ou de autoridade) e; 2) atos que a administração realizava na gestão de bens do Estado, da província ou do município (atos de gerência). Para José Rubino, somente os atos de autoridade poderiam dar lugar à provocação da jurisdição contenciosa administrativa, quando lesivos de direitos da mesma ordem, independentemente de tais atos terem sido praticados no interior da própria administração, ou seja, em referência a seus agentes, ou que tenham sido praticados em suas relações externas, com seus administrados⁴¹¹.

Para que fosse mantida a independência da administração, os atos puramente administrativos, ou de autoridade, não poderiam sujeitar-se à apreciação de outro poder, sem prejuízo do interesse público. José Rubino de Oliveira, adotando a doutrina do Visconde do Uruguai, traçou os seguintes pressupostos para a existência da matéria da jurisdição contenciosa: 1) preexistência de um direito de ordem administrativa em favor do administrado; 2) obrigação correspondente especial da parte da administração; 3) a existência de um ato puramente administrativo, lesando ou ofendendo esse direito; 4) a reclamação da parte do administrado contra a administração, em razão da ofensa ou lesão do mesmo direito. Dessa forma, diante da ocorrência desses quatro elementos essenciais, surgiria a matéria contenciosa administrativa e, na falta de um deles, a competência pertenceria à jurisdição judiciária. José Rubino, portanto, entendia ser desnecessária a elaboração de uma nomenclatura de todos os negócios que, por sua natureza, viessem a pertencer à competência da jurisdição contenciosa administrativa⁴¹².

Atendido todos os requisitos, o administrado poderia dirigir uma reclamação ao agente da administração, que poderia atendê-la, reparando a lesão ao direito que serviu de fundamento à reclamação, ou rejeitá-la. E, neste caso, o administrado poderia recorrer desta decisão, marcando este momento a contenda travada entre a administração e o administrado,

⁴¹¹ Ibidem., p. 216-217.

⁴¹² Ibidem., p. 218.

pela interposição de recurso para a autoridade competente (juízes e tribunais administrativos), para proferir a decisão final⁴¹³.

Nessa linha de raciocínio, José Rubino de Oliveira expôs o seu conceito de *contencioso administrativo*:

é o debate ente a administração e o administrado, perante os juízes e tribunais administrativos e a decisão final por eles proferida, mediante recurso, sobre reclamação levantada em razão da violação de um direito de ordem administrativa, por efeito de um ato especial da autoridade, praticado por agente de mesma administração⁴¹⁴.

Em síntese, José Rubino conceitua o *contencioso administrativo* como o conjunto do debate e decisão final, que se inicia a partir do recurso contencioso dirigido aos juízes e tribunais administrativos, após atendidos quatro pressupostos que identificam a matéria administrativa: preexistência de um direito administrativo, a obrigação da administração de respeitá-lo, um ato administrativo violador desse direito e a reclamação do administrado.

3.9 CONCLUSÃO DO CAPÍTULO

O processo de independência do Brasil foi diferente da forma como ocorreu nas demais colônias americanas, pois aqui triunfaram elementos conservadores que preservaram a estrutura colonial. E sendo tais elementos contrários à teoria do liberalismo, ensejavam um mundo tenso, conflituoso, fragmentado entre a realidade e a legalidade. Ao longo do Segundo Reinado presenciamos a disputa política entre conservadores e liberais, sendo que os últimos não aprovavam a existência do poder Moderador, visto por eles como um mecanismo criado pelo Chefe do Executivo para exercer o poder sem responsabilidade.

O Segundo Reinado foi marcado pela consolidação da Independência do Brasil, por ações direcionadas para organizar um país nascente nas esferas legal, jurídica e administrativa. Era o momento de operar a modulação doutrinária do Direito Administrativo à realidade do Estado nacional brasileiro. A criação dos primeiros cursos jurídicos no Brasil foi

⁴¹³ Ibidem., p. 219.

⁴¹⁴ Ibidem., p. 220.

uma das importantes ações para dar suporte ao processo de consolidação do Estado nacional brasileiro. Por conta disso, essa internalização do Direito tinha como meta principal a formação do jurista político, do profissional da área que viria formar os quadros da elite que preencheriam os quadros funcionais do Estado, ficando em segundo plano, naquele contexto, a formação de profissionais para atuar na advocacia, ou seja, para representar os conflitos interindividuais ou entre o indivíduo e o Estado.

Os primeiros trabalhos doutrinários sobre a matéria jurídica administrativa surgem a partir da criação da cadeira de Direito administrativo nos cursos jurídicos. O controle do poder legislativo imperial impunha uma grade curricular fechada e sem opções de liberdade de ensinar temas mais modernos, o que é perceptível na forma de um discurso doutrinário conservador, presente, inclusive, na doutrina do professor catedrático José Rubino de Oliveira, afrodescendente de origem familiar humilde.

Com relação à natureza do Conselho de Estado do Segundo Reinado, para os administrativistas do Império, este era um órgão consultivo e não deliberativo, ou seja, não estava autorizado a julgar e nem a proferir decisões definitivas. Para os doutrinadores, o Conselho de Estado emitia tão somente pareceres sobre os assuntos discutidos em suas Sessões, não possuía jurisdição própria, estava limitado a dar conselhos ao poder Moderador. O Imperador decidia por decretos os recursos administrativos, ouvindo ou não o Conselho de Estado. Ainda que naquele órgão desenrolasse um processo administrativo formal, Visconde de Uruguai, por exemplo, compreendia-o como uma corporação meramente consultiva, mais político do que administrativo, um verdadeiro Tribunal Administrativo Consultivo.

Na visão conservadora dos administrativistas do Segundo Reinado, a justiça administrativa era uma instituição indispensável para julgar o *contencioso administrativo*, pois o que importava naquele momento histórico, de consolidação do Estado Imperial, era preservar o poder Executivo, dando-lhe autoridade para decidir sobre as reclamações opostas às suas determinações. A entrega da resolução de questões administrativas à autoridade judiciária subordinaria a força governamental, prejudicando a marcha de suas ações. Para os conservadores, ainda que a justiça administrativa não tivesse sido expressamente prevista na Constituição de 1824, a constitucionalidade de sua existência foi pacificada na doutrina administrativista do Império, sob o argumento de que a sua existência era decorrente do princípio da separação dos poderes, e não como um preceito oposto àquele princípio. Ao poder judicial caberia a função de aplicar a lei civil e criminal.

O argumento dos liberais era a inconstitucionalidade da justiça administrativa por ter a Constituição previsto tão somente um sistema judicial único, a cargo do poder Judiciário, ao passo que o argumento conservador, influenciado pelo modelo administrativo francês foi forjado no espírito de desconfiança dos juízes ordinários; primava pela sua constitucionalidade, decorrente da separação de poderes, cuja independência não impedia a criação de uma jurisdição auxiliar do imperador, no exercício do Poder Moderador e do poder Executivo. Além disso, havia disposição expressa no Regimento 124, de 1842, que regia o Conselho de Estado, que proibia aos juízes da justiça comum a apreciação de matérias administrativas.

A discussão mais acirrada entre os doutrinadores administrativistas girava em torno da identificação dos assuntos que pertenceriam à competência da jurisdição contenciosa administrativa, para que não fossem confundidos com as matérias do contencioso judicial ou com as que pertenciam à jurisdição administrativa graciosa, evitando, dessa forma, a invasão de competências. Para os juristas imperiais, essa questão era de difícil resolução prática e teórica, porém fundamental, tendo os doutrinadores buscado soluções e fórmulas diferenciadas para aplicá-las diante de um caso concreto.

Prudencio Giraldes Veiga Cabral apresentou três condições a serem verificadas, para indicar os negócios que ensejariam a formação do *contencioso administrativo*: 1) a existência de um *ato administrativo*; 2) a existência de um *interesse individual* fundado em um direito adquirido, que teria sido violado; 3) um debate, cujo tema não poderia versar sobre matéria constitucional, nem civil ou penal. Ausentes tais requisitos, os assuntos pertenceriam à competência do poder judicial. A jurisprudência administrativa só poderia ser aplicada à reclamações apoiadas em um direito particular, como o direito adquirido, preexistentes ao ato administrativo que o prejudicou, sendo necessário observar, não só a natureza do interesse que reclama, mas também a natureza do ato, qualificado como administrativo, contra o qual se reclamava. O autor, entretanto, não logrou definir o que entendia por *interesse* e por *direito adquirido*.

Para Vicente Pereira do Rego, as matérias do *contencioso administrativo* abrangiam duas classes distintas: 1) as assim classificadas em razão de sua natureza, estando aí compreendidas as reclamações fundadas em um direito que foi violado por um ato administrativo propriamente dito (ato administrativo aplicado a um indivíduo por força de uma lei ou regulamento, excluindo os atos regulamentares e os contratos). E mesmo dentro destes limites, ainda deveriam ser excluídas do âmbito da jurisdição administrativa as

aplicações e consequências do ato administrativo que viessem a atacar o direito de propriedade, de liberdade individual ou qualquer outro imposto por leis, sob a égide e domínio exclusivo da jurisdição judiciária; 2) as matérias administrativas contenciosas que eram assim classificadas em virtude da vontade expressa do legislador (desclassificações).

A fórmula proposta por Vicente Pereira do Rego para identificar as matérias pertencentes à jurisdição administrativa contenciosa constituía-se em duas etapas. A primeira, consistia na separação dos assuntos da *jurisdição administrativa* e da *jurisdição judiciária*. Na segunda etapa, dentro das matérias de jurisdição administrativa, deveriam ser separadas as matérias da competência *contenciosa* (reclamação que se invoca um direito adquirido) e *graciosa* (reclamação que se funda em um interesse simples).

A fórmula proposta por Antônio Pimenta Bueno para identificar as matérias atinentes à jurisdição administrativa era bem mais simples, pois, segundo ele, o *contencioso administrativo* não seria um todo distinto, mas o complexo de todo e quaisquer atos da administração, desde que este ato violasse um direito perfeito. Bastaria, portanto, existir um ato administrativo e um direito por ele ofendido, sendo indiferente identificar a natureza do assunto ou do ato.

Na concepção de José Rubino de Oliveira, não havia necessidade de criar uma nomenclatura para incluir todos os negócios que, por natureza, pertenceriam à competência da jurisdição contenciosa administrativa, bastando no caso concreto quatro pressupostos para identificar a matérias dessa jurisdição: 1) preexistência de um direito de ordem administrativa a favor do administrado; 2) uma obrigação correspondente, da parte da administração, de reconhecer tal direito; 3) a existência de um ato puramente administrativo, lesando ou ofendendo a este direito; 4) uma reclamação da parte do administrado contra a administração, em razão da ofensa ou lesão do mesmo direito. Estando presentes esses elementos essenciais, a matéria administrativa seria contenciosa administrativa.

Para Antônio Joaquim Ribas, a separação das matérias administrativas das judiciais tornava-se difícil diante de uma legislação deficiente, que não fornecia fórmulas claras e precisas sobre o assunto. O autor recorreu à teoria do Direito Administrativo ao afirmar que somente os atos praticados pela Administração, quando esta agia como ramo do poder social, ensejaria a ocorrência de matéria contenciosa administrativa, abrangendo os seguintes processos: 1) em que os administrados discutiam um direito que julgavam obter da

administração; 2) em que os administrados discutiam entre si os seus direitos *quanto ao modo* pelo qual a administração, como ramo do poder público, deveria exercer sua atribuição.

Visconde do Uruguai, ao reportar-se ao fracasso dos franceses por tentarem elaborar uma nomenclatura das matérias contenciosas a serem julgadas pela justiça administrativa, aduziu que tal delimitação só seria possível através da prática, da análise da jurisprudência, que reuniria elementos precisos para essa definição, através do trabalho ordenado, metódico e persistente de organizar, ao longo do tempo, todos os assuntos administrativos decididos.

Por fim, em breve síntese, demonstraremos como os administrativistas do Segundo Reinado concebiam o conceito de *contencioso administrativo*:

Para Vicente Pereira do Rego, o *contencioso administrativo* seria a reclamação dirigida à jurisdição administrativa por um particular que teve o seu direito adquirido (previsto em lei ou contrato) violado por um ato administrativo passivo da administração pública; ou uma reclamação cujo objeto a lei teria definido como sendo matéria contenciosa.

Para José Antônio Pimenta Bueno, o *contencioso administrativo* surge de uma reclamação na qual se questionava um direito violado por qualquer ato da administração e, independentemente do assunto posto em debate, o recurso seria contencioso, sendo competente a jurisdição administrativa para julgar o caso concreto.

Para Prudêncio Giraldes Veiga Cabral, o *contencioso administrativo* seria definido pela matéria administrativa objeto de questionamento a ser dirimido no âmbito da justiça administrativa.

Para Antônio Joaquim Ribas, o *contencioso administrativo* seria o processo administrativo no qual o administrado discute o direito violado ou o modo de atuação da administração pública ao exercer sua atribuição, quando esta atua como ramo do poder público.

Para Visconde do Uruguai, seria contencioso, ou daria lugar ao contencioso, o ato administrativo fundado em um interesse especial, que emana do interesse geral, discutido, em contato com um direito privado, contanto que aquele ato administrativo não emanasse de um poder discricionário especialmente conferido pela lei, porque então é a lei que autoriza ferir ou modificar o direito. E não há direito contra direito.

Para José Rubino de Oliveira, o *contencioso administrativo* seria o conjunto do debate e decisão final que se inicia a partir do recurso contencioso dirigido aos juízes e tribunais

administrativos, após atendidos quatros pressupostos que identificariam a matéria administrativa: a preexistência de um direito administrativo, a obrigação da administração de respeitá-lo, um ato administrativo violador desse direito e a reclamação do administrado.

A compreensão do *contencioso administrativo* no império brasileiro não foi uniforme entre os administrativistas da época que, por sua vez, se inspiraram nas doutrinas dos tratadistas franceses do Direito Administrativo. Naquele contexto, as terminologias e definições importantes para compreender a natureza, o modo de ação, limites e práticas administrativas do poder Executivo ainda estavam sendo construídas, tanto pelos tratadistas franceses como pelos doutrinadores pátrios. Ainda era confusa a delimitação do *contencioso administrativo*, das matérias de sua competência. Concluimos que tais dificuldades justificavam-se a partir das seguintes circunstâncias:

1 – A primeira seria o contexto do Segundo Reinado, que também marcou os primórdios da ciência administrativa no mundo jurídico. Naquela época, os institutos do Direito Administrativo ainda não se encontravam sedimentados, mas espalhados e de forma confusa na legislação da época;

2 – a segunda circunstância vem considerar a atuação predominantemente consultiva do Conselho de Estado brasileiro. Como afirmava Uruguai, o perfil consultivo do órgão dificultou a formação de uma jurisprudência administrativa a partir da prática e dos debates travados em suas seções para adequar, no caso concreto, o conceito de *contencioso administrativo*, tal como compreendido teoricamente nos manuais de direito administrativo publicados no período.

4. HISTÓRIA COMPARADA DO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO (1840-1889): FRANÇA E SEGUNDO REINADO BRASILEIRO

Nos dois capítulos anteriores, descrevemos como foi construído o conceito da expressão *contencioso administrativo* pelos administrativistas franceses ao longo do século XIX, e como este conceito foi transposto e adaptado na doutrina do Segundo Reinado do Império brasileiro (1840-1889). Levamos, em cada campo de observação, as características mais relevantes a serem usadas como chaves de comparação entre as duas diferentes experiências históricas de nação.

Para melhor compreensão da história comparada do *contencioso administrativo* nos contextos assinalados, utilizamos como fontes primárias os livros de doutrina de Direito Administrativo. Procuramos observar a semântica que expressa o vocabulário compartilhado, inserida nas tradições, rupturas e continuidades políticas, bem como a influência dos movimentos sociais e intelectuais que ocorreram nos respectivos espaços investigados..

No presente capítulo, procederemos a comparação por meio de categorias extraídas dos dois contextos com o objetivo de cotejar as diferentes manifestações que resultam de um fenômeno comum presente nos vocabulários jurídico-político da justiça administrativa francesa (*contentieux administratif*) e da justiça administrativa do Segundo Reinado brasileiro (*contencioso administrativo*). São duas sociedades sincrônicas que guardam entre si relações interativas e podem oferecer uma visão clara do problema que cada uma atravessa.

O método historiográfico que aqui utilizamos é o da *História comparada – problema*, que consiste na comparação entre dois recortes espaciais unidos por um problema comum⁴¹⁵, que no caso aqui estudado é o conceito de *contencioso administrativo*. Trabalharemos a reflexão simultânea, identificando semelhanças e diferenças entre o conceito investigado dentro do recorte temático. Através do compartilhamento de experiências, procuramos evidenciar as possíveis singularidades, semelhanças, dessemelhanças que estariam presentes nas trocas políticas, sociais e intelectuais que interferiram na significação e ressignificação do

⁴¹⁵ BARROS, José D'Assunção. **História Comparada**. Rio de Janeiro: Editora Vozes, 2014, p. 56-57.

conceito, por meio do diálogo interativo entre as fontes históricas doutrinárias produzidas no contexto de cada nação.

Optamos por empreender a justaposição dos dados de forma concisa e, para tanto, utilizamos quadros esquemáticos comparativos que apresentamos nas subseções deste capítulo, para facilitar a confrontação do seu conteúdo com a nossa hipótese de trabalho, que é a relação do conceito de contencioso com a construção do Estado de Direito nas realidades investigadas. Dessa forma, a partir do exame detalhado das diferenças e semelhanças, pretendemos avançar para uma análise comparativa e articulada.

Em síntese, nas primeiras seções, apresentaremos as chaves de investigação que serão comentadas na última seção deste capítulo, nomeadamente: i) o contexto histórico antecedente e concomitante à introdução do conceito de *contencioso administrativo* nas duas realidades estudadas; ii) o ponto de ruptura entre o regime absolutista e a implantação de Estado de Direito, com a recepção do princípio da separação dos poderes; iii) o modelo de justiça administrativa e o princípio da separação das jurisdições administrativa e judicial; iv) o papel do Conselho de Estado; v) a delimitação da competência administrativa contenciosa e, por fim, a comparação doutrinária do conceito de direito administrativo à luz da doutrina de cada país.

4.1 COMPARAÇÃO ENTRE OS ANTECEDENTES HISTÓRICOS

Quadro 2 – Antecedentes históricos: Comparação entre Antigo Regime Francês e Período colonial Brasileiro

Antigo Regime Francês (século XVIII)	Período colonial Brasileiro (séculos XVIII e XIX)
- Estado Nacional; - Transição: monarquia absolutista para um Estado Democrático Constitucional.	- Colônia portuguesa; - Transição: sistema colonial monárquico absolutista para um Estado Nacional monárquico constitucional.
- Confusão entre os poderes políticos; - Concentração de poderes na figura do Rei (monarquia absolutista).	- Confusão dos poderes políticos. Poder judicial confundia-se com o Poder Executivo; - O regime político e a organização

	judiciária colonial eram a da metrópole portuguesa: monarquia absolutista.
- O direito era circunscrito aos conflitos de ordem privada, solucionados por órgãos judiciais; - Recursos julgados por um Conselho fiscalizado pelo Rei, com autoridade para desaforar os processos e resolvê-los em última instância.	- Administração pública organizada à luz do direito privado; - Para o Visconde do Uruguai: não existia justiça administrativa; - Para Lydia Garner, existia justiça administrativa no âmbito fazendário: o Tesouro Público tinha um foro especial (Conselho de Fazenda) para solucionar os litígios.

Fonte: elaboração própria. 2019.

4.2 TRANSIÇÃO DO REGIME ABSOLUTISTA PARA O ESTADO DE DIREITO

Quadro 3- Transição do Absolutismo para o Estado de Direito: Revolução Francesa e Colônia/Império brasileiro

Revolução Francesa (1789-1799)	Transição Colônia /Império
- Década Revolucionária: Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão. Separação dos poderes (Legislativo, Executivo e Judiciário) com limitações mútuas; - Ocorreu a ruptura revolucionária, com o abandono das estruturas socioeconômicas e culturais do absolutismo europeu.	- Não ocorreu ruptura revolucionária, mas uma conciliação entre o sistema colonial e o nacional; - A Independência não rompeu com vínculos com os interesses coloniais. O próprio príncipe criou o Estado.
<u>Motivação:</u> - Proteção do interesse geral manifestado pela regulação jurídica das relações entre o Estado e os cidadãos, com objetivo de satisfazer as necessidades sociais, em	<u>Motivação:</u> - Desejo das elites de modernização do sistema econômico com a liberação do mercado para relações mercantis e capitalistas, para se libertar da condição

oposição ao modelo absolutista; - Necessidade de judicializar conflitos entre o particular e o poder público.	de colônia e edificar uma nação.
<u>Visão liberal</u> - A ideologia política e filosófica do liberalismo reclamava a visão de como a sociedade e o governo deveriam organizar-se, opondo-se ao controle e à imposição de prioridades sociais estabelecidas por poderes que estariam acima da sociedade, firmando a ideia da soberania do povo; - As ideias de liberdade e igualdade jurídicas conclamaram a participação de artesãos, camponeses e burgueses no processo revolucionário; - As transformações políticas ocorreram mediante uma revolução burguesa contra o absolutismo das monarquias.	<u>Visão liberal</u> - Esboço de uma nação liberal em conflito com a ideologia política e filosófica do liberalismo; - O liberalismo do Segundo Reinado não foi expressão da sociedade. Apenas visava os interesses da elite. Não houve nexo causal entre Estado e Nação; - A preocupação maior das elites consistia apenas em construir uma nação, relegando a implantação da democracia liberal para segundo plano. Não ocorreu incorporação das classes subalternas; não foi uniformizada uma cidadania plena. - A autonomia estatal sem simetria entre a economia (modernidade tecnológica, mercado interno diversificado, etc.) e a política (elitista).
<u>Constituição de 1791:</u> - Institucionalizou o Estado de Direito (todos são iguais perante a lei, que deve ser fruto da vontade de representantes eleitos); - Implantou a separação dos poderes preconizada por Montesquieu: Executivo, Legislativo e Judiciário. A ideia liberal era de limitar o poder do monarca; - Incorporou a Declaração dos Direitos	<u>Constituição de 1824:</u> - Previu a separação dos poderes: Executivo, Legislativo, Judiciário e Moderador, baseada na teoria de Benjamin Constant, na qual afirmava a necessidade de um quarto poder, o Moderador, para atuar como um agente neutralizador, evitando que um poder pudesse sufocar o outro. O imperador poderia agir sobre qualquer um dos

do Homem e do Cidadão (1789), impondo limites ao poder real.	outros poderes comprometendo a liberdade desses. (Composição menos liberal que o similar órgão francês); - O poder jurisdicional submetido aos interesses do Executivo e do Moderador, uma vez que a Justiça das suas decisões poderia ser analisada a critério desses outros poderes.
--	--

Fonte: elaboração própria. 2019.

4.3 JUSTIÇA ADMINISTRATIVA COMPARADA

Quadro 4 – Justiça Administrativa comparada (1840-1889): França e Império brasileiro)

França	Império brasileiro
<u>Criação da justiça administrativa</u> -1779-1870 (do final do antigo Regime ao segundo Império): Doutrina do Direito Administrativo marcada por inventários legislativos; Tentativa de codificar assuntos administrativos, à semelhança do Direito privado. * 1779-1789: Década Revolucionária. * 1789-1870: Década Napoleônica. * 1815: início da individualização progressiva do Direito Administrativo. * 1818: primeiros doutrinadores (Macarel, Cormenin e Degerando). Atribuição do poder normativo aos	<u>Criação da justiça administrativa</u> - primeira década após a Independência: o contencioso administrativo pertencia à competência do poder judicial (exceto matérias fiscais, decididas pelo Conselho de Fazenda); - A existência do Conselho de Estado oscilou conforme as tendências liberais e conservadoras do governo; - Governo conservador: centralizador. Criava o Conselho de Estado; - Governo liberal: descentralizador. Extinguia o Conselho de Estado; - Decreto de 13/11/1823 - Cria o

julgados do Conselho de Estado. Começa a predominar a ideia de que a jurisprudência poderia explicar, comentar e substituir as antigas e obsoletas leis administrativas do antigo. Abandono do caráter legalista do Direito privado; - Legislações do período do Consulado (1799-1804) e do Império (1804-1815) criaram órgãos de justiça Administrativa (Conselho de Estado, Conselhos de Prefeituras, Corte de Contas, etc.); *1815-1870: inicia a individualização progressiva do Direito Administrativo; *1860: começam a surgir as primeiras obras de Direito Administrativo inspiradas nos acórdãos do Conselho de Estado. - Lei nº 16-24 de agosto de 1790: separação das funções judiciárias e administrativas. Instalação da justiça administrativa (litígios administrativos) no âmbito do poder Executivo, para conhecer dos conflitos entre o cidadão e o Estado; - Lei de 16 de setembro de 1869: separou as autoridades administrativa e judiciária. * 1896: Sistematização da Justiça Administrativa com a obra de Edouard Laferrière Conselho de Estado Francês - Criado pela Constituição de 22 frimário do ano VIII. <i>1ª fase: justiça retida ou homologável</i>	Conselho de Estado, que foi mantido pela Constituição de 1824, com atribuições mais políticas do que administrativas. Extinto pelo Ato Adicional de 1834; * 1840-1860: apaziguamento entre os liberais e conservadores. Tentativa de conciliar o liberalismo com a escravatura. Economia dando sinais de recuperação; - Lei de 23/11/1841: Criação de novo Conselho de Estado. Durou até o final da monarquia. <u>Controvérsias:</u> I) O conselho de Estado do 2º Reinado era órgão inconstitucional? Para os liberais: Sim, por ter sido criado por lei, e não pela Constituição. Deveria ser constitucional por interferir nos poderes que são constitucionais. Para os conservadores: Não. O Conselho de Estado é órgão auxiliar do poder Moderador. II) Vitaliciedade dos Conselheiros formaria uma oligarquia escolhida pelo Imperador? Para os liberais: Sim. A escolha de Conselheiros vitalícios pelo Imperador, a ser sempre consultados por ele, afetaria a independência do Conselho de Estado em relação ao poder Executivo. <u>Argumento 2:</u> A vitaliciedade era uma garantia de liberdade de voto de opinião dos Conselheiros.
---	---

(1790-1830). - Decisões sobre matéria contenciosa são tomadas sob a assinatura do chefe do Executivo e sob a sua responsabilidade (Decretos ou Ordenanças); - O governante dava a palavra final; - Identificação da matéria administrativa era determinada em cada julgado; - Objetivo: evitar que a administração fosse julgada pelo poder Judiciário. Rigor na aplicação da separação das autoridades administrativas e judiciárias; - Conselho de Estado é órgão consultivo. <u>2ª fase: transição (1830-1872).</u> - A competência era determinada pelo tipo de ato administrativo: os <u>atos de império</u> ou de expressão do poder público eram julgados pela justiça administrativa. Os atos de gestão, quando o Estado age como representante do poder, são julgados pela justiça comum (Judiciário); - Na segunda República (1848-1851), uma reforma substituiu a justiça homologada pela justiça delegada, mas não foi imediatamente aplicada. <i>3ª fase: Implantação da Justiça delegada (lei de 24 de maio de 1872)</i> - O Vice-Presidente do Conselho de Estado passa a assinar as decisões (acórdãos ou Arestos); - Criação do Tribunal de Conflitos; - Orientação jurisprudencial do caso	- Reg. 124 de 1842: regimento do Conselho de Estado institucionalizou a Justiça Administrativa a cargo do Executivo e do Ministro da Fazenda, sendo este já existente. As matérias do contencioso administrativo foram retiradas da competência do poder Judiciário; - <i>influência francesa: na estrutura do órgão, na função política e administrativa</i>, juristas franceses citados nos pareceres do Conselho de Estado, apesar dos políticos desejarem um Conselho de Estado original e brasileiro, com função Consultiva; - Decreto 736, de 20/11/1850: Reforma do Tesouro Nacional e Tesourarias das Províncias, que atribuiu a apreciação do contencioso administrativo aos agentes da Administração; - Decreto nº 2.343, de 29 de janeiro de 1859: única norma do Império que fez referência ao contencioso administrativo (das Tesourarias e Províncias); * 1860, a ideologia positivista retoma com a crítica à escravidão, pregando o seu término, como também da monarquia; * 1870: surge o partido Republicano; * 1888: o Império, sob liderança conservadora, aboliu a escravatura; - 1889: Implantação da República. Conselho de Estado do Segundo Reinado
--	---

Arrête Blanco (1873), que só veio a ser aplicada em 1903: estabeleceu a autonomia do Direito Administrativo. Inaplicabilidade das regras do Direito Privado; - Conselho de Estado é órgão deliberativo.	- Criado pela Lei 234 de 23/11/1841; - Seria um Tribunal Administrativo? Órgão consultivo? Deliberativo? - Resolução de 14/11/1850 – definiu o Conselho de Estado como órgão simplesmente consultivo. Pereira do Rego: Tribunais administrativos são autoridades coletivas ou individuais. São órgãos deliberativos (proferem decisões, julgam). O Conselho de Estado não é um Tribunal Administrativo, por ser órgão consultivo (apenas emite opinião ou parecer, que pode ou não ser acolhido pelo Imperador). Visconde do Uruguai: O Conselho de Estado é um Tribunal Administrativo Consultivo. -Tribunais Administrativos são órgãos coletivos ou individuais <i>que julgam ou emitem parecer</i> sobre questões administrativas; - O Conselho de Estado de uma monarquia administrativa deve ser corporação exclusivamente administrativa (deliberativa); - Corporações políticas limitam-se a dar conselhos ao poder Moderador e não são nem Tribunal Administrativo e nem Conselho de Estado; - O Conselho de Estado do 1º Reinado (1823-1834) era apenas consultivo, sem jurisdição própria. Era mais político do
---	--

	que o administrativo; - O Conselho de Estado do 2º Reinado (1841-1889) era um Tribunal Administrativo, pois possuía um processo formal. Seus pareceres só se tornavam definitivos após a assinatura do Imperador; - Comparando com o homólogo francês, o Conselho do 2º Reinado é órgão de justiça retida ou homologável. Pimenta Bueno – Conselho de Estado era órgão Consultivo. José Rubino de Oliveira – Conselho de Estado não era Tribunal Administrativo, pois quem dava a última palavra era o Imperador. Era órgão consultivo. Pereira do Rego – A justiça administrativa era justiça retida (consultivo). A justiça judiciária era delegada (órgão deliberativo).
<i>Hierarquia da jurisdição administrativa</i> Comportava dois graus de jurisdição: - <u>Primeiro grau de jurisdição:</u> - Conselho de Prefeitura (tribunal administrativo - de caráter geral); - órgãos variados com competência apenas para uma categoria de negócios – caráter especial; - <u>Segundo Grau de jurisdição</u> Conselho de Estado (caráter geral).	<i>Hierarquia da jurisdição administrativa</i> Comportava dois graus de jurisdição: - Primeiro grau de jurisdição: - Presidentes de Províncias; - Conselhos de Presidência. - Segundo Grau de jurisdição: - Conselho de Estado pleno ou dividido em Seções; - O Imperador reservava ao direito de ouvir ou não o conselho de Estado; - O Conselho de Estado do Segundo Reinado foi extinto com a Proclamação

	da República em 1889.
Debate sobre a existência da Justiça Administrativa e sobre o princípio da separação das jurisdições: - Lei 16-24 de 24 de agosto de 1790: proíbe os juízes ordinários de conhecer da matéria administrativa (desconfiança dos juízes ordinários). Jaquelin: O princípio da separação das jurisdições administrativa e judiciária está em desacordo com o princípio da separação dos poderes. - O poder judicial foi amputado de sua função de julgar; - Tentativa de restaurar o antigo regime e a confusão de funções e poderes; - Poder Executivo ficou mais fortalecido do que os demais poderes; - A separação dos poderes proíbe a interferência do poder Judiciário na administração, mas a reciprocidade não foi respeitada; - Imparcialidade: no processo administrativo contencioso a Administração é parte e é também ré. Berthélemy: Princípio da Separação das jurisdições administrativa e judicial está em sintonia com o princípio da separação dos poderes. - Poder judiciário e poder administrativo são ramos do ramo do poder Executivo (divisão bipartida de poderes);	Debate sobre a existência da justiça administrativa e sobre o princípio da separação das jurisdições: - Reg. 124 de 1842: proibiu que os juízes ordinários apreciassem questões que envolviam a matéria administrativa. <u>Argumentos dos liberais</u> - favoráveis ao fortalecimento do Legislativo, descentralização política e autonomia das províncias. Os liberais confiavam mais na ação individual do que na atuação do Estado: - A Justiça Administrativa é inconstitucional, por não ter sido prevista pela Constituição de 1824, que apenas mencionou o poder Judicial independente; - A Justiça administrativa a cargo do poder Executivo afronta o princípio da separação dos poderes. Tavares Bastos: o julgamento do contencioso judiciário pelo poder Executivo resulta na imparcialidade presente na luta desigual entre o Estado e o particular. <u>Argumentos dos conservadores:</u> favoráveis à existência da Justiça administrativa, influenciados pelo modelo francês. Poder Executivo forte e centralizado,

- A função de julgar e de administrar são atributos do Poder Executivo. A separação das jurisdições seriam uma mera divisão funcional das tarefas de julgar entre o poder judicial e o poder administrativo; - Não há litigância entre partes no processo administrativo. Hauriou: - A justiça administrativa não é obrigatória nos países que possuem administração pública organizada, sendo esta uma opção política de cada Estado. - No caso específico da França, a justiça administrativa era importante para o desenvolvimento do Direito Administrativo, para a centralização; - O estatismo iniciado após a Revolução Francesa exigia a absoluta independência das autoridades administrativas; - A administração no papel de juiz era garantia da personalidade moral dos órgãos da administração; Obs: os Franceses não entendiam a separação dos poderes no sentido apenas funcional, mas no sentido político. Desejavam um Estado com poder Executivo forte e autônomo. - Tribunais de justiça comum – proibidos de interferir na administração, de julgar, interpretar a legalidade de atos administrativos. Só era permitido se lei especial expressamente autorizar (<u>desclassificação</u>).	com autoridade para proferir decisões finais administrativas, sem a interferência do poder Judiciário nos seus atos. Uruguai: o contencioso administrativo pertence ao poder administrativo, que conhece mais de perto a motivação de seus agentes. Pimenta Bueno: apoio na separação e independência dos poderes. Veiga Cabral: Administrar também é julgar. A separação é necessária para dar ao poder Executivo autoridade para remover obstáculos à ação administrativa. Importância do Tribunal de Conflito de atribuições para manter a separação de jurisdição administrativa e judicial Antonio Joaquim Ribas: Importância na separação das jurisdições em função do interesse coletivo (administrativo) e individual (judicial). <u>Implantação dos Cursos Jurídicos no Império:</u> A criação dos cursos jurídicos de São Paulo e de Olinda, em 1827, esteve ligada ao processo de consolidação e construção do Estado Nacional brasileiro, visando, sobretudo, a formação de juristas políticos para ocupar os quadros profissionais do Estado emergente, representar os conflitos interindividuais e os conflitos entre o indivíduo e o Estado. A introdução da cadeira de Direito Administrativo só ocorreu em 1851.
---	--

--	--

Fonte: elaboração própria. 2019.

4.4 A MATÉRIA ADMINISTRATIVA CONTENCIOSA COMPARADA

Quadro 5- Matéria Administrativa comparada (França e Segundo Reinado brasileiro)

França	Segundo Reinado brasileiro
Delimitação das matérias contenciosas administrativas: - traçar os limites do poder de julgar da justiça administrativa para evitar a invasão de competência do judiciário. Jacquelin: a legislação era arbitrária para identificar matérias administrativas diferenciando-as das matérias de direito comum. Esses critérios desmoronavam-se diante de inúmeras e injustificáveis exceções. Vivien: a verdadeira definição das matérias administrativas seria obtida através de uma sucinta análise da jurisprudência do Conselho de Estado, pois muito pouca informação seria encontrada na legislação. Critica a dificuldade trazida pelas <i>Desclassificações</i> (<i>déclassement</i>), disposições presentes em leis excepcionais que, por razões políticas, invertiam a lógica da competência das matérias, incluindo no rol do contencioso administrativo alguns assuntos que, pela	Delimitação das matérias contenciosas administrativas: Veiga Cabral: matéria pertence à competência da justiça administrativa, se a reclamação tem como fundamento a violação, por um ato administrativo, de um <i>interesse individual</i> decorrente de um <i>direito adquirido</i>. Não diferenciou <i>interesse</i> e <i>direito adquirido</i>. Pereira Rego: para delimitar a matéria administrativa contenciosa :1) separar as matérias da jurisdição <i>administrativa</i> da <i>jurisdição judiciária</i>; 2) dentre as matérias da jurisdição administrativa, separar matérias <i>contenciosas</i> (fundadas em simples interesse) e <i>graciosa</i> (fundadas em direito adquirido). As matérias do <i>contencioso administrativo</i> abrangem duas classes: 1) as definidas pela vontade expressa do legislador e; 2) aquelas em razão de sua natureza, compreendendo as que eram objeto de reclamações fundadas em direito

sua natureza, deveriam ser julgados na justiça comum, e vice-versa. Chauveau: propôs fórmula para demarcar as matérias da competência da jurisdição administrativa: verificar se a queixa do particular teria como fundamento a <i>violação de um direito privado</i> (direitos propriamente ditos ou direitos adquiridos) por atos da administração ativa (que materializa um <i>interesse especial emanado de um interesse geral</i>), configurando, dessa forma, o contencioso administrativo. Entretanto, se a irresignação do particular prejudicado for fundada na violação de um <i>interesse privado</i> (uma vantagem), não há que se falar em litígio, pois, nesse caso, trata-se de uma reclamação puramente administrativa, cuja solução virá da jurisdição graciosa.	adquirido de natureza administrativa do cidadão prejudicado por um ato administrativo de Império. Pimenta Bueno: para existir o contencioso administrativo, basta existir um ato administrativo e um direito por ele ofendido, sendo indiferente a matéria. José Rubino de Oliveira: apresentou quatro pressupostos para identificar as matérias dessa jurisdição: 1) preexistência de um direito de ordem administrativa a favor do administrado; 2) uma obrigação correspondente, da parte da administração, de reconhecer tal direito; 3) a existência de um ato puramente administrativo, lesando ou ofendendo a este direito e; 4) uma reclamação da parte do administrado contra a administração, em razão da ofensa ou lesão do mesmo direito. Ocorrido o conjunto de todos estes elementos essenciais, surgiria a matéria contenciosa administrativa. Uruguai reportou-se ao fracasso da tentativa francesa de elaborar uma nomenclatura para definir, com precisão, as matérias contenciosas a serem julgadas pela justiça administrativa. A jurisprudência consolidada do Conselho de Estado era a fonte apropriada para delimitar, também com precisão, a matéria administrativa contenciosa. Ressentiu o jurista sobre a ausência dessa
--	--

	organização do Conselho de Estado do Segundo Reinado, ainda que, na época, o órgão já contasse com 20 anos de existência.
--	---

Fonte: elaboração própria. 2019.

4.5 CONTENCIOSO JUDICIAL E ADMINISTRATIVO

Quadro 6 – Contencioso judicial e administrativo (1841-1889): comparação entre a França e o Segundo Reinado brasileiro

França	Segundo Reinado brasileiro
- O <i>contencioso administrativo</i> é da competência da jurisdição administrativa, que pertence ao poder administrativo (ramo do poder Executivo); - O <i>contencioso judicial</i> é da competência da jurisdição judiciária, que pertence ao poder Judicial.	- O <i>contencioso administrativo</i> é da competência da jurisdição administrativa, que pertence ao poder administrativo (ramo do poder Executivo); - O <i>contencioso judicial</i> é da competência da jurisdição judiciária, que pertence ao Poder Judicial.
<u>Contencioso administrativo:</u>	<u>Contencioso administrativo:</u>
- Jurisdição: justiça administrativa (poder Executivo); - Administração atuando como poder público (atos de império); - Imenso domínio de matérias, abrangendo múltiplos assuntos e ações por parte da administração; - Administrados litigam um direito com a	- Jurisdição: justiça administrativa (poder Executivo); - Administração atuando como poder público (atos de império); - Imenso domínio de matérias, abrangendo múltiplos assuntos e ações por parte da administração; - Administrados litigam um direito com a

Administração; - Administrados discutem entre si direitos quanto ao modo como a Administração exerce sua atribuição; - Tribunais administrativos proibidos de conhecer dos atos da administração quando esta se equipara ao particular (atos de gestão); - Tribunais administrativos proibidos de conhecer matérias da competência do poder judicial (cíveis, penais, etc.). Exceção: desclassificações. <u>Contencioso judicial</u> - Jurisdição: poder judicial (justiça comum ou ordinária); - Matéria litigiosa de ordem privada: cível e penal (exceção: desclassificações); - Processos entre particulares; - Processos entre particular e o Estado quando atua como se fosse particular (atos de gestão); - Domínio de assuntos disciplinados em códigos; - Tribunais judiciais proibidos de julgarem contencioso administrativo (exceção: desclassificações).	Administração; - Administrados discutem entre si direitos quanto ao modo como a Administração exerce sua atribuição; - Tribunais administrativos proibidos de conhecer dos atos da administração quando esta se equipara ao particular (atos de gestão); - Tribunais administrativos proibidos de conhecer matérias da competência do poder Judicial (cíveis, penais, etc.). Exceção: desclassificações. <u>Contencioso judicial</u> - Jurisdição: poder Judicial (justiça comum ou ordinária); - Matéria litigiosa de ordem privada: cível e penal (exceção: desclassificações); - Processos entre particulares; - Processos entre particulares e o Estado quando atua como se fosse particular (atos de gestão); - Domínio de assuntos disciplinados em códigos; - Tribunais judiciais proibidos de julgarem contencioso administrativo (exceção: desclassificações).
---	---

Fonte: elaboração própria. 2019.

4.6 JURISDIÇÕES ADMINISTRATIVAS GRACIOSA E CONTENCIOSA

Quadro 7 – Jurisdições graciosa e contenciosa (1840-1889): comparação entre a França e o Segundo Reinado brasileiro

França	Segundo Reinado brasileiro
- A jurisdição administrativa pertence ao poder administrativo (ramo do poder Executivo). E se divide em graciosa e contenciosa. <u>Jurisdição administrativa graciosa</u> - Jurisdição graciosa: reclamação do particular prejudicado fundada na violação de um <i>interesse privado</i> (uma vantagem); - A jurisdição administrativa graciosa não seria considerada uma verdadeira jurisdição, por inexistir o litígio; - Reclamação era puramente administrativa. <u>Jurisdição administrativa contenciosa</u> - jurisdição contenciosa: reclamação tem como fundamento um direito violado por ato da administração ativa (ato de poder público). Obs: O direito violado, para alguns autores era o direito adquirido (violação de uma obrigação legal que a administração deveria cumprir), para outros era o direito propriamente dito, ou apenas direito privado (direito adquirido ou direito propriamente dito). <i>direito propriamente dito</i> (ou primitivo) – garantido ao particular por uma lei ou contrato. o <i>direito adquirido</i> - surge a partir de	- A jurisdição administrativa pertence ao poder administrativo (ramo do poder Executivo). E se divide em graciosa e contenciosa. <u>Jurisdição administrativa graciosa</u> - Matérias graciosas: a reclamação se funda em um <u>simples interesse</u>, que é uma vantagem anteriormente concedida ao cidadão, violada por um ato ou fato da administração; - Não existe obrigação a ser observada pela administração; - Nem sempre é admissível recurso para o Conselho de Estado; - Sempre pode ser interposto recurso de uma decisão proferida pela administração “mal informada” para a administração “melhor informada; - Não apresentam no curso do processo formalidades e nem prazos fatais; - O <i>interesse</i> seria uma <u>vantagem</u> obtida pelo indivíduo, decorrente de certa medida que a administração decidiu, ou não, adotar, ou seja, a adoção da medida seria uma faculdade discricionária da administração. Se, posteriormente, esse interesse for retirado por força de um ato administrativo, o indivíduo prejudicado poderia ingressar com um <u>recurso gracioso</u>, a ser decidido em sede de

<i>atos administrativos puramente discricionário</i> que favorece um particular, entregando-lhe um bem que se incorpora à sua propriedade.	<u>jurisdição administrativa graciosa</u> (Uruguai); - Regulação discricionária de meros interesses. <u>Jurisdição administrativa contenciosa</u> - Matérias contenciosas: a reclamação funda-se em um <u>direito adquirido</u>, que se manifesta quando o ato ou o fato, contra o qual se reclamava, viola uma obrigação que deve ser observada pela administração, por força de uma lei ou de um contrato; - Sempre será admitido um recurso para o Conselho de Estado, exceto quando se tratar de decisão proferida em última instância; - Aplica-se a autoridade da coisa julgada, com o mesmo rigor da jurisdição judiciária; - No curso do processo são exigidas formalidades e dilações; - O <i>direito</i>, por sua vez, comportaria duas espécies (direito propriamente dito e direito adquirido). O <i>direito propriamente dito</i> era aquele inerente a alguém por virtude de lei, e que uma vez violado por ato administrativo, ensejaria <u>recurso contencioso</u> a ser julgado em sede de <i>jurisdição comum</i> (poder judiciário). Já o <i>direito adquirido</i> teria origem em um <u>ato administrativo puramente discricionário da administração</u>, ou seja, a administração não era obrigada, mas concedeu esse
---	---

	direito ao cidadão. Se, posteriormente, um ato administrativo violar o direito adquirido, isso ensejaria <u>recurso contencioso</u> em sede de jurisdição administrativa contenciosa (Uruguai). Obs: o que variava nos conceitos: a) o ato praticado pela administração, para alguns doutrinadores, seria obrigatoriamente um ato de império, para outros poderia ser qualquer tipo de ato administrativo, inclusive o de gestão; b) para alguns doutrinadores, o assunto (a matéria) deveria ser obrigatoriamente administrativa, outros não faziam essa exigência; c) o direito violado, para alguns, deveria ser de ordem administrativa, para outros, não necessariamente. O tipo de direito poderia ser o direito adquirido, ou o direito propriamente dito, ou qualquer tipo de direito.
--	--

Fonte: elaboração própria. 2019.

4.7 O CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO COMPARADO

Quadro 8 – O contencioso administrativo (1840-1889): comparação entre a França e o Segundo Reinado brasileiro

Doutrinadores Franceses	Doutrinadores do Segundo Reinado
<u>Conceito de contencioso administrativo</u> Definição de Chauveau: “o caráter dominante e distintivo do contencioso administrativo ocorre sempre quando um interesse especial que emana do interesse geral for discutido em contato com um direito privado”. - Chauveau criticou doutrinadores de sua geração. Expôs os desafios de um período em que predominava a falta de alinhamento de ideias, diversidades metodológicas e conceituais e diferentes linguagens e vocabulários utilizados pelos autores para expressar seus pensamentos. Pontuou a necessidade de adotar uma linguagem uniforme para o Direito Administrativo, para dar contorno aos conceitos de <i>interesse público, interesse geral, interesse privado, jurisdição administrativa, jurisdição judicial, administração ativa, poder discricionário, direito primitivo, direito adquirido</i>, que cada autor buscava definir à sua maneira. Definição de Vivien: a verdadeira definição do <i>contencioso administrativo</i>	<u>Conceito de contencioso administrativo</u> Definição de Pereira do Rego: o de conceito de contencioso consiste em uma reclamação dirigida à jurisdição administrativa por um particular que teve o seu direito adquirido (previsto em lei ou contrato) violado por um ato administrativo passivo da administração pública; ou uma reclamação cujo objeto a lei teria definido como sendo matéria contenciosa. Definição de Pimenta Bueno: o conceito de contencioso administrativo surge de uma reclamação que questionasse um direito que tenha sido violado por qualquer ato da administração. Independentemente do assunto ali posto em debate, o recurso seria contencioso, sendo competente a jurisdição administrativa para julgar o caso concreto. Definição de Veiga Cabral: o conceito de contencioso administrativo seria a definição da matéria administrativa objeto de questionamento a ser dirimido no

só poderia ser encontrada na jurisprudência do Conselho de Estado, onde se reuniam todos os elementos para identificá-lo. Excetuando-se as hipóteses de <i>desclassificações</i> (leis excepcionais que, expressamente, deslocavam para a competência administrativa matérias do direito comum, ou deslocavam para a competência judicial matérias administrativas), o Conselho de Estado nunca teria admitido um recurso cujo pedido não fosse baseado em um direito de ordem administrativa; - a elaboração de nomenclatura de casos contenciosos era trabalho praticamente impossível, e mesmo que se conseguisse tal façanha, os resultados seriam incompletos. Definição de Pradier Fodéré: o <i>contencioso administrativo</i> abarcaria somente os litígios decorrentes de um direito resultante das leis que regem a administração ou dos contratos por ela celebrados com particulares, estando excluídos desse conceito os atos políticos, as medidas diplomáticas, os atos do governo, as questões judiciais ou puramente administrativas e os atos legislativos. - o método de Pradier Fodéré inspirou a primeira obra de Direito Administrativo brasileira, publicada no período Imperial,	âmbito da justiça administrativa. Definição de Antonio Joaquim Ribas: o <i>contencioso administrativo</i> é o processo administrativo no qual o administrado discute direito violado ou o modo de atuação da administração pública exercer sua atribuição, quando esta atua como ramo do poder público. Definição de Visconde de Uruguai :" É contencioso ou dá lugar ao contencioso o ato administrativo fundado em um interesse especial, que emana do interesse geral, discutido, em contato com um direito privado, contanto que aquele ato administrativo não emane de um poder discricionário especialmente conferido pela lei, porque então é a lei que autoriza a ferir ou modificar o direito. E não há direito contra direito". - Uruguai modificou ou limitou a base e a forma do conceito de contencioso administrativo formulado por Chauveau e combinou com a doutrina de Serrigny Foucart para formular o seu conceito de contencioso administrativo: - Para Uruguai, não bastava a violação de um direito qualquer para ocorrer o contencioso administrativo. Formulou quatro condições: 1) existência de um ato especial ou um fato particular administrativo emanado de uma autoridade administrativa sobre uma matéria administrativa (baseado em
--	---

em 1857, de Vicente Pereira Rego. Definição de Edouard Laferrière: “O contencioso administrativo inclui todas as reivindicações fundadas em um direito ou na lei, e cujo objeto é, ou um ato de autoridade pública, da autoridade administrativa, ou um ato de gestão do serviço público, referido na jurisdição administrativa por disposições de lei geral ou especial”; - O caminho não seria buscar categorias de matérias administrativas de natureza contenciosa em sentido estrito, pois o debate contencioso estaria sempre presente quando se questiona a legalidade ou conflito de direito; - O contencioso administrativo, visto de forma geral, seria o conjunto de todas as disputas legais resultantes da ação administrativa, e não uma criação artificial da legislação francesa ou estrangeira. Em todos os países, cuja administração estivesse submetida a um regime de leis, o contencioso administrativo seria passível de ocorrer, a medida em que ele surge da discordância entre a administração e os cidadãos; - as tradições e as condições gerais da organização administrativa e judicial do país influenciavam o julgamento de questões contenciosas administrativas por ser da competência de um tribunal comum ou de um tribunal administrativo;	Daloz); 2) a questão não se relacionava a títulos pertencentes ao direito comum (civil ou penal) ou a qualquer outra autoridade que não fosse administrativa; 3) a colisão deveria dar-se entre um interesse público e um interesse particular; 4) o ato administrativo não poderia emanar de uma autorização positivamente discricionária, conferida pela lei, que importasse necessariamente o sacrifício dos direitos que poderiam ser opostos àquele ato. - o contencioso administrativo só teria limites claros e firmes com a formação de uma jurisprudência administrativa do Conselho de Estado. Definição de José Rubino de Oliveira: o contencioso administrativo “é o debate ente a administração e o administrado, perante os juízes e tribunais administrativos e a decisão final por eles proferida, mediante recurso, sobre reclamação levantada em razão da violação de um direito de ordem administrativa, por efeito de um ato especial da autoridade, praticado por agente de mesma administração. - Adotando a doutrina de Uruguai, José Rubino descreveu quatro condições para ocorrer o contencioso administrativo: 1) preexistência de um direito de ordem administrativa em favor do administrado; 2) obrigação correspondente especial da
--	---

- com relação à natureza e extensão dos poderes do juiz administrativo, E. Laferrière estabeleceu quatro tipologias de contencioso administrativo: 1) o contencioso de jurisdição plena (Contentieux de pleine juridiction), que acolhia os conflitos sujeitos à forte controle do tribunal, podendo este reformar, anular ou substituir uma decisão administrativa por outra e ditar condenação financeira como reparações do prejuízo; 2) o contencioso de anulação (Contentieux de l'annulation), que acolhia pedido de anulação de decisão administrativa ilegal. O tribunal administrativo não poderia reformar, mas somente anular a decisão administrativa; 3) o contencioso de interpretação (Contentieux de l'interprétation), que acolhia conflitos em que a jurisdição administrativa só intervinha para interpretar atos administrativos obscuros ou para avaliar sua validade; 4) o contencioso de repressão (Contentieux de la répression), que acolhia conflitos em que os administrados não respeitaram suas obrigações para com a administração. Era uma atribuição especial da justiça administrativa, para reconhecer, reprimir e reparar as invasões cometidas no domínio público, com a imposição de multas aos administrados.	parte da administração; 3) a existência de um ato puramente administrativo, lesando ou ofendendo esse direito; 4) a reclamação da parte do administrado contra a administração, em razão da ofensa ou lesão do mesmo direito. - Entendia ser desnecessária a elaboração de uma nomenclatura de todos os negócios que, por sua natureza, viessem a pertencer à competência da jurisdição contenciosa administrativa.
--	---

--	--

Fonte: elaboração própria. 2019.

4.8 ANÁLISE E CONCLUSÃO DO CAPÍTULO

Comparar é uma forma específica de propor e pensar questões que frequentemente nos defrontamos, e o desafio que propomos nesse capítulo foi aplicar a modalidade historiográfica da História Comparada, prática marcada pela complexidade, na investigação de duas sociedades culturalmente distintas, como a França e Segundo Reinado brasileiro, no período entre 1840 e 1889, espacialmente distanciadas. Os quadros esquemáticos apresentados identificam semelhanças e diferenças entre as duas realidades, revelando elementos que vão variando em direções específicas, na medida em que uma sociedade influencia a outra e, a partir dessa relação, terminam por se transformarem mutuamente.

As chaves comparativas apresentadas nas seções deste capítulo foram selecionadas nos dois capítulos anteriores, que revelam o debate que conecta e ilumina o objeto problema dentro de cada recorte estudado, transpassado de uma realidade para a outra.

A análise dos fatos que antecederam os marcos temporais de cada uma das realidades investigadas, que esquematizamos na subseção 4.1, não poderia ser menosprezada, pois esclarecem o movimento que levou a ruptura de um regime absolutista, no qual as funções de administrar, legislar e julgar confundiam-se na figura de um governante, para a construção de um Estado de Direito, que se materializa na separação dessas funções em entidades políticas distintas.

Tanto na França absolutista como no Brasil colonial o direito era circunscrito aos assuntos privados, pois, em regra, os regimes absolutistas não criaram espaço para os súditos questionarem, pela via jurisdicional, os atos emanados do poder público. Entretanto a situação política das duas sociedades era bem distinta: a França já ostentava a condição de ser um Estado Nacional e a condição do Brasil era a de uma colônia portuguesa, regida jurídica e politicamente pelo regime que vigorava na metrópole. Neste estágio, a burguesia francesa já estava bem familiarizada com as ideias do movimento iluminista que invadiu a Europa no século XVIII, porém a sociedade colonial brasileira ainda não estava plenamente sintonizada

com a ideologia liberal e seus conceitos correlatos, como o de civilização, liberdade, democracia e outros.

As motivações que ensejaram a ruptura com o antigo regime, como apresentamos no quadro da subseção 4.2, foram bem diferentes nas duas sociedades. Grande parte dos franceses estava ideologicamente engajada com as ideias liberais, na construção de um Estado de Direito, organizado administrativamente, democrático⁴¹⁶ e constitucional. Desejavam abandonar, radicalmente, as estruturas política, jurídica e socioeconômica do absolutismo, o que foi feito através de um movimento revolucionário. A queda do sistema absolutista significava também a regulação jurídica das relações entre o Estado e o cidadão, voltadas à satisfação das necessidades sociais, do interesse público. Com a Constituição de 1791, os franceses implantaram o Estado de Direito, organizado pela soberania popular, com igualdade jurídica e participação de todos os seguimentos sociais.

No Brasil, conforme entendeu Luís Werneck Vianna, a transição da situação de colônia para Império resultou de uma conciliação entre o sistema colonial brasileiro e a construção de um Estado Nacional, representada por uma monarquia constitucional parlamentar representativa. Esta independência do Reino de Portugal foi promovida pelo próprio príncipe regente.

Portanto partimos da ideia de que a ruptura brasileira com o absolutismo português não tinha como prioridade romper radicalmente com as características do antigo regime. A Independência do Brasil foi estimulada por parte de uma elite senhorial que desejava um Estado moderno, com um sistema econômico que facilitasse a liberação do mercado para as relações mercantis, mas que, paradoxalmente, mantivesse características da sociedade colonial. Em outras palavras, a construção do Estado Constitucional do Império manteve uma

⁴¹⁶ A obra de Augustin Cochin (1876-1916) foi objeto de análise de Furet, no livro *Pensando a Revolução Francesa*. Para Cochin, o fenômeno central da Revolução foi o jacobinismo, percebido não como uma conspiração, mas como um tipo de sociedade política diversa do antigo regime, que continha aspectos relevantemente democráticos, onde cada integrante era aceito somente por suas ideias. Não era uma tendência para a igualdade real, das condições econômicas e sociais, mas um regime político baseado na igualdade abstrata do indivíduo, qual seja, a cidadania, direito este suficiente para constituir o cidadão como parte da soberania popular. Para Cochin, o jacobinismo foi a variante francesa da democracia, cujas origens foram extraídas das sociedades filosóficas, literárias e intelectual. A discussão de seus membros procurava sempre um consenso expresso e defendido que tendia a alcançar o “conjunto do tecido social. A tendência profunda do Jacobinismo foi a democracia pura, para além da democracia representativa. (FURET, François. **Pensando a Revolução Francesa**. Trad. Luiz Marques e Martha Gambini, 2ª ed. SP: Paz e Terra. 1998, p. 185-189).

roupagem liberal muito distinta da ideologia filosófica do liberalismo francês. O processo de formação do Estado Imperial brasileiro não incorporou classes subalternas nesse processo. Em síntese, o desejo de autonomia do estado refletia uma luta política entre as elites.

Essa origem contraditória da construção do modelo de Estado liberal brasileiro provocou constante tensão entre os liberais, corrente política que desejava a criação de um Estado totalmente liberto das reminiscências do absolutismo português, com os conservadores, que apoiavam a conciliação política entre os regimes colonial e imperial.

No quadro da subseção 4.3, observamos que a Constituição Imperial de 1824 também previu a separação dos poderes políticos, mas com um modelo diferente do francês, pois incluiu o poder Moderador, ao lado do Legislativo, do Executivo e do poder Judiciário. O poder Moderador era representado pelo Imperador, que também era o chefe do poder Executivo e ainda controlava os poderes Legislativo e Judiciário, cujas decisões poderiam ser alteradas pelo soberano.

O princípio da separação dos poderes políticos, previsto na Constituição dos dois países, incluía também o princípio da separação das jurisdições, sendo criado ao lado da justiça comum, cuja função pertencia ao poder Judicial, uma justiça administrativa, no âmbito do poder Executivo, para conhecer das demandas travadas entre o poder público e os cidadãos. Ambos países foram organizados por uma estrutura hierárquica administrativa, e desenvolveram mecanismos, não só voltados para frear o poder político de operar de forma abstrata, mas também um sistema de garantias de direitos individuais. Os doutrinadores do Segundo Reinado foram unânimes em afirmar que a justiça administrativa imperial sofreu forte influência do modelo implantado na França, não somente na parte estrutural, mas também no exercício da função política e administrativa, sendo tais ideias transpostas de uma realidade para outra, com a intenção de serem adaptadas.

Os modelos de justiça administrativa implantados nos dois países possuíam, em suas respectivas estruturas, um Conselho de Estado, que atuava como órgão recursal e de jurisdição plena, para julgar o contencioso administrativo. Vimos que após a Revolução Francesa pairava uma grande desconfiança em relação aos juízes comuns que, em grande maioria, fizeram parte da elite absolutista do antigo regime. Este fato levou o novo regime a retirar do poder Judiciário francês a competência para julgar as causas administrativas. Para tal finalidade, foi organizada uma justiça administrativa cujo órgão recursal era o Conselho de Estado composto por ministros escolhidos pelo próprio Imperador. Observamos que desde a

sua criação, em 1791, o Conselho de Estado francês passou por várias transformações, atravessou diversos regimes políticos que foram implantados no país, mas nunca foi extinto.

Em contrapartida, o Império brasileiro teve dois Conselhos de Estado, o primeiro vigorou entre 1823 a 1834, e o segundo, entre 1841 e 1889, sendo este último extinto com a Proclamação da República. Observamos que no Brasil a existência do Conselho de Estado oscilou conforme a prevalência dos conservadores e dos liberais no poder. A elite conservadora, centralizadora do poder, apoiava a existência do Conselho de Estado, mas os políticos liberais, descentralizadores, não viam com bons olhos a sua existência. Além disso, observamos que nos dez primeiros anos do Império brasileiro não existia justiça administrativa, sendo as questões dessa ordem julgadas pelo poder Judiciário. A justiça administrativa no Império só passou a existir no Segundo Reinado, com o retorno do Conselho de Estado, em 1841.

Outro ponto que investigamos é que o Conselho de Estado francês iniciou sua atividade em 1790 com a justiça retida (ou homologável), ou seja, como um órgão consultivo que proferia pareceres que dependiam da assinatura do Chefe do Executivo para serem validados. Com o passar dos anos, o Conselho de Estado francês foi firmando a sua jurisprudência, fortalecendo a trajetória que tornaria suas decisões autônomas, o que ocorreu com a lei de 24 de maio de 1872.

Já o Conselho de Estado do Segundo Reinado brasileiro foi projetado pela elite conservadora, centralizadora, destinado a atuar como órgão consultivo, auxiliando o Imperador na resolução de questões administrativas que ele teria que resolver. E como órgão consultivo, este Conselho manteve-se até a sua extinção, em 1889, com a Proclamação da República, não conseguindo atingir a fase da justiça delegada. Nasceu com o objetivo de permitir a própria permanência do poder Moderador, o que inviabilizou a sua autonomia.

Investigamos também que a normatização do Estado francês foi amparada por leis administrativas, organizadas com a cientificação do Direito Administrativo. Essa doutrina foi transposta para o Império brasileiro com as devidas adaptações. Em 1827, foram criados no Brasil dois cursos jurídicos, nas cidades de São Paulo e Olinda, com a intenção de consolidar o emergente Estado Nacional brasileiro. Os cursos visavam, primordialmente, formar juristas políticos para ocupar os quadros profissionais que iriam atuar no âmbito dos poderes políticos e, em segundo plano, formar advogados para representar os conflitos interindividuais e os

travados entre o indivíduo e o Estado. A introdução da cadeira de Direito Administrativo só ocorreu em 1851, em virtude da escassa literatura sobre o tema, ainda em formação na França.

Ao analisarmos as obras doutrinárias dos administrativistas franceses e dos teóricos do Segundo Reinado brasileiro, produzidas entre 1840-1889, percebemos a grande dificuldade que tiveram para identificar os assuntos que deveriam ser encaminhados para a justiça comum e aqueles que seriam conhecidos pela justiça administrativa, conforme demonstramos na subseção 4.4. Afinal, se a França e o Império Brasileiro optaram por criar uma jurisdição administrativa no âmbito do poder Executivo, com especialidade para conhecer das discussões que envolviam o cidadão e o poder público – já que tal jurisdição coexistia em paralelo com a justiça comum do poder Judicial –, era fundamental que essas competências fossem bem delimitadas, a fim de evitar a invasão de um poder sobre o outro. Além disso, imprescindível, dentro das matérias a serem tratadas pela justiça administrativa, separar os assuntos pertinentes à jurisdição graciosa da contenciosa.

Os administrativistas franceses debruçaram-se nesse trabalho, e com profunda reflexão e debate desenvolveram fórmulas diferenciadas, na tentativa de definir conceitos, criar princípios universais e abstratos. A grande preocupação era traçar, com a mais perfeita precisão, as questões relacionadas à jurisdição contenciosa administrativa circunscrita à competência dos tribunais administrativos e ao Conselho de Estado. Os doutrinadores do império brasileiro inspiraram-se na literatura doutrinária francesa e muito pouco inovaram no tratamento e adaptação dos conceitos franceses à realidade de um emergente Estado Imperial.

As diversas teorias desenvolvidas pelos doutrinadores franceses prendiam-se a determinadas categorias, condições e conceitos secundários que foram transpassados e algumas vezes adaptados para a doutrina administrativista desenvolvida no Segundo Reinado brasileiro. Como descrevemos nas subseções 4.5 e 4.6, os teóricos preocuparam-se em diferenciar o contencioso judicial do administrativo e, no âmbito da jurisdição administrativa, que ficou a cargo do poder Executivo, buscaram traçar as diferenças entre a jurisdição graciosa e contenciosa.

Tanto na doutrina francesa como na brasileira, percebemos o desenvolvimento de conceitos secundários que eram auxiliares para definir o contencioso administrativo a partir do conceito de jurisdição administrativa contenciosa. A reflexão e a conformação destes conceitos secundários não foram unânimes entre os teóricos, que se debruçaram, em síntese, sobre os seguintes pontos: i) a espécie de direito privado violado pelo poder administrativo –

partindo daí a conceituação de direito adquirido e direito propriamente dito (primitivo); ii) a definição do objeto litigioso – para verificar se a matéria questionada seria, ou não, de ordem administrativa; iii) se esta matéria (assunto) deveria, ou não, estar prevista em lei administrativa; iv) a natureza do ato da administração que violou o direito do particular – para verificar se o ato deveria ser de império ou de gestão, ou ato discricionário da administração e; v) as partes envolvidas no *contencioso administrativo* – para aferir se a demanda era travada entre o administrador e o administrado, ou se o litígio poderia ocorrer também entre os administrados.

A partir do conjunto dessas variáveis, considerando o contexto de formação da doutrina do emergente Direito Administrativo que surge com os manuais de Louis-Antoine Macarel, os teóricos franceses foram construindo, ao longo do século XIX, o conceito de contencioso, trazendo argumentos e fórmulas que foram transpassadas para os doutrinadores do Segundo Reinado. Inspirados nos tratadistas franceses, grande parte dos administrativistas brasileiros mencionavam, nas introduções de suas obras, que buscavam uma adaptação dos conceitos para uma realidade nacional. Mas percebemos que a releitura dos conceitos transportados para o direito brasileiro pelos primeiros autores administrativistas, praticamente limitava-se a uma repetição pela tradução da obra dos doutrinadores franceses.

Outra questão a ser pontuada é que, naquele momento, poucos foram as obras doutrinárias de direito administrativo publicadas fora do contexto acadêmico. Grande parte dessa produção estava praticamente restrita ao ensino da disciplina de direito administrativo, cadeira que passou a ser ministrada nas faculdades de direito do Império. Entretanto, essa literatura acadêmica sofria forte controle, quanto ao conteúdo, pelo conservador regime imperial que, por sua vez, estava mais preocupado em aumentar o contingente de especialistas jurídicos/políticos, a fim de ocuparem os quadros e funções públicas de um Estado emergente. Pensamos, contudo, que esse controle conservador pode ter prejudicado uma releitura nacional desses conceitos transpostos, dificultando a adaptação dos conceitos dentro de uma visão mais próxima da realidade brasileira.

Podemos observar que o conceito de *contencioso administrativo* formulado pelo primeiro administrativista do Brasil, Vicente Pereira do Rego, foi uma reprodução do conceito do francês P. Pradier Fodère, que exige como condição a violação de um direito adquirido por um ato administrativo.

A condição do conceito de José Antonio Pereira Bueno, acompanhado por Antônio Joaquim Ribas, é que o ato da administração deveria ser de ordem administrativa, não importando a ordem do direito violado ou a matéria (assunto). A condição do conceito formulado por Prudêncio Giraldes é que a matéria fosse identificada como administrativa. O conceito mais complexo foi o formulado por Paulino José de Sousa, o Visconde do Uruguai, que além de fixar condições de existência para a configurar o *contencioso administrativo*, reuniu elementos trazidos por diversos doutrinadores franceses: i) adaptou a fórmula de Chauveau (que fixou conceitos de interesse especial, interesse geral e de direito privado), com a doutrina de Serrigny, Foucart e Daloz, que trouxeram a influência do direito privado (exclui o ato administrativo discricionário que foi autorizado por lei e trata sobre a colisão entre interesse privados e particulares); ii) agregou a doutrina de Vivien e de Edouard Laferrière, no sentido de que os limites da matéria administrativa só seriam clara e seguramente definidos com a formação de uma jurisprudência do Conselho de Estado que, no caso brasileiro, não chegou a se organizar.

5. CONCLUSÃO

O tema deste trabalho, como já assinalamos inicialmente, tem como proposta a investigação, de forma sistematizada, da história comparada problematizada do conceito da expressão *contencioso administrativo*, no âmbito de duas realidades – a doutrina francesa do século XIX e a doutrina produzida no Segundo Reinado brasileiro (1840-1889).

A expressão surgiu na França, no período pós-revolucionário, com a organização da justiça administrativa e irradiou para o Brasil, que adotou o modelo de jurisdição similar ao francês, o que nos permite comparar, nos dois recortes espaciais e temporais, o significado assumido pela expressão nas duas realidades, identificando diferenças e semelhanças.

As duas sociedades passaram por processo de ruptura de um regime absolutista, caracterizado pela concentração dos poderes políticos na autoridade de um governante, para implantar um novo Estado, em sintonia com ditames presentes na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, consagrada em 1789, após a Revolução Francesa. Dessa forma, os dois países recepcionaram em suas cartas constitucionais, o princípio da separação dos poderes políticos, a supremacia do Direito, estabelecendo que as ações do Estado fossem pautadas por uma ordem jurídica e pelo respeito à lei, como expressão da vontade geral, que constituem os fundamentos do Estado de Direito.

O problema lançado neste trabalho remete-se a responder a seguinte pergunta: considerando que, nos dois marcos espaciais e temporais demarcados, ou seja, a França, no século XVIII e o Segundo Reinado brasileiro (1840-1889), ocorreu um processo de ruptura, na qual operou-se a transição de um regime de concentração do poder político absolutista para outro regime que adotou a separação dos poderes políticos, em que medida o conceito de *contencioso administrativo* representou uma ideia-força na consolidação dos respectivos Estados de Direito que sucederam ao antigo regime absolutista?

Partimos da hipótese de que o *contencioso administrativo* consolidaria a formação de um Estado de Direito, na medida em que traz a possibilidade de um ato, proveniente da administração pública, que porventura causasse algum dano a um cidadão, pudesse ser questionado em sua legalidade, sede jurisdicional, ainda que fosse uma jurisdição administrativa. A hipótese de existir uma demanda, na qual figurasse o cidadão e o Estado,

nos polos ativo e passivo da relação jurídica, era algo inconcebível em um regime absolutista, no qual os poderes eram concentrados em uma única pessoa.

Com o auxílio metodológico da história Comparada problematizada e da história dos conceitos, analisamos, de início, os contextos que antecederam os marcos temporais fixados em cada campo de observação. Identificamos que, tanto na França absolutista, como no Brasil colonial, o direito era circunscrito aos assuntos de ordem privada, não sendo passível ao cidadão, pela via judicial, questionar os atos da administração pública, muito embora a França já ostentasse a natureza de ser um Estado Nacional e o Brasil o de uma colônia dependente da metrópole portuguesa. A burguesia francesa estava mergulhada nas ideias iluministas que dominavam a Europa do século XVIII, mas na colônia brasileira somente uma ínfima minoria teria ouvido falar sobre os conceitos de civilização, liberdade, democracia e outros pertinentes à ideologia liberal.

Grande parcela da sociedade francesa desejava o fim do antigo regime, almejava a construção de um Estado de Direito organizado administrativamente. E esta transição foi realizada através de um movimento revolucionário que, dentre outras demandas, defendia a regulação jurídica das relações entre o Estado e o cidadão, a satisfação das necessidades sociais através do conceito de interesse público, a soberania popular, a igualdade jurídica, com a participação de vários seguimentos sociais.

De forma contrária, a transição do Brasil colônia para o regime de Império não se operou por meio de uma revolução, mas por uma conciliação entre o antigo regime português e uma elite senhorial, que somente desejava a abertura de mercado, mantendo reminiscências do antigo regime (os liberais) e os que apoiavam a conciliação política entre o Império e a Colônia (os conservadores).

A Constituição Imperial de 1824, conservadora, apresentou a divisão em quatro poderes políticos: Executivo, Legislativo, Judiciário e o Moderador, sendo este representado pelo Imperador, que também chefiava o Executivo e controlava os poderes Legislativo e Judiciário. Por outro lado, a Constituição francesa de 1791, genuinamente liberal, não adotou na divisão dos poderes o poder Moderador, abolindo os resquícios de um regime autocrático.

O Brasil imperial, seguindo o modelo francês, adotou a separação das jurisdições comum e administrativa. A primeira pertencia ao poder Judiciário, que em regra era competente para julgar matérias de ordem privada, demandadas por particulares e, a segunda, era a justiça administrativa, que pertencia ao poder Executivo, competente para julgar

matérias contenciosas e graciosas. O motivo francês para retirar da competência do poder Judiciário o julgamento do *contencioso administrativo* era a desconfiança em relação os juízes comuns, remanescentes do antigo regime. Em decorrência disso, foi implantada uma justiça administrativa representada por um Conselho de Estado chefiado pelo Imperador, cujos ministros eram por ele escolhidos. Esse modelo foi transpassado para o Brasil Imperial.

Ao longo do século XIX, o Conselho de Estado francês atravessou vários regimes, mas nunca foi extinto. Formou uma sólida jurisprudência, até que, em 1872, uma lei mudou a sua natureza, que era de um órgão meramente consultivo (*justice retenue*) e passou a ser deliberativo (*justice délégué*), firmando a independência de suas decisões como órgão julgador. Em contrapartida, no Império brasileiro, existiram dois Conselhos de Estado, o primeiro atuou entre 1823 a 1834, e o segundo, que voltou a ser implantado no Segundo Reinado e que veio a ser extinto com a Proclamação da República.

A política conservadora, que era centralizadora, apoiava a existência do Conselho de Estado no Brasil, mas os liberais, descentralizadores, pressionavam pela sua não existência. Nos dez primeiros anos do Império brasileiro as questões administrativas eram julgadas pelo poder Judiciário. Mas a justiça administrativa só foi, de fato, implantada no Brasil no Segundo Reinado, com o retorno do Conselho de Estado, apoiada pelos conservadores, em 1841. Em toda a sua existência, o Conselho de Estado brasileiro comportou-se como órgão consultivo, mantendo a autoridade do poder Moderador. O Conselho de Estado brasileiro não conseguiu ultrapassar, como o homólogo francês, para a fase da justiça delegada, proferindo decisões que dependiam da assinatura do Imperador para ter validade.

O Estado francês pós-revolucionário foi regido por leis administrativas que deram origem ao Direito Administrativo, cuja doutrina foi transposta para o Brasil, apesar das diferenças intrínsecas de cada realidade. No Império brasileiro, em 1827, foram criados cursos jurídicos, com o objetivo principal de formar juristas políticos que ocupariam os quadros profissionais da administração pública nascente. A doutrina de Direito Administrativo adotada nos cursos jurídicos era fiscalizada pelo próprio Imperador.

Da análise da doutrina de Direito Administrativo produzida na França e no Império brasileiro no período de 1840-1998, podemos concluir que houve grande dificuldade em conceituar o *contencioso administrativo*, no que diz respeito à delimitação da competência da justiça administrativa contenciosa. Era imperioso que as competências fossem claramente definidas para evitar a invasão de competência da justiça entre as duas jurisdições, realidade

de um emergente Estado Imperial. Fórmulas, teorias e argumentos diferenciados foram desenvolvidos, com base em conceitos secundários, com o objetivo de encontrar a melhor solução. A doutrina que existia no Segundo Reinado era voltada à disciplina de direito administrativo ministrada nas faculdades de Direito do Império, sendo esta literatura controlada por um regime governamental conservador. Acreditamos que essa limitação ideológica tenha impedido uma adaptação nacional mais ampla e realista.

Apesar da dificuldade conceitual, os franceses conseguiram formar uma jurisprudência mais sólida, que oportunizou a modulação do *contencioso administrativo*, principalmente quando o Conselho de Estado francês tornou-se um órgão deliberativo, proferindo decisões independente da homologação do governante. O Conselho de Estado do Segundo Reinado, por ter se limitado a atuar como órgão consultivo, apesar de entendimentos contrários, não avançou no sentido de estabelecer princípios, não sistematizou o exercício jurisdicional da justiça administrativa.

A conclusão a que chegamos, para responder o problema proposto, é que o *contencioso administrativo* surge no mundo jurídico como a possibilidade do cidadão, prejudicado em seu direito por um ato administrativo, litigar contra os atos administrativos do Estado, pela via da jurisdição. Em tese, o *contencioso administrativo* representou uma forma de controle dos atos administrativos emanados por autoridades públicas que, em um Estado de Direito, estão submetidos ao império da lei. Além disso, se o *contencioso administrativo* deve ser julgado por uma justiça administrativa, pertencente ao poder Executivo, torna-se imprescindível que o órgão julgador atue com plena independência, sob pena de ferir a imparcialidade do julgamento.

Analisando a doutrina francesa, verificamos uma forte motivação das ideias liberais. Além de ter adotado, com rigor, o princípio da separação dos poderes, os franceses criaram uma justiça administrativa no âmbito do poder Executivo para julgar o *contencioso*. Desde a sua concepção e criação, o Conselho de Estado francês foi evoluindo na direção de se tornar um órgão deliberativo. Aos poucos foi estabelecido o *contencioso administrativo*, formando uma sólida jurisprudência. Essa independência judicante permitiu que o *contencioso* passasse a representar uma ideia-força na consolidação do Estado de Direito francês, o que confirma nossa hipótese inicial.

Verificamos, entretanto, que não foi essa a trajetória do *contencioso administrativo* no Estado Imperial brasileiro, muito embora tivesse adotado como paradigma o modelo francês.

A adaptação da justiça administrativa no Brasil teve uma outra releitura, cujo pano de fundo foi a adoção de um liberalismo forjado no interesse de elites conservadoras. O Conselho de Estado do Segundo Reinado brasileiro, criado para atuar como órgão consultivo, não chegou a ter autoridade para dar a palavra final nas questões contenciosas de sua competência. O órgão recursal de última instância era, na verdade, o Imperador, que além de figurar como representante do poder Moderador também assumia o papel de chefe do poder Executivo, fato este que contradizia o princípio da separação dos poderes. A força política dessas elites conservadoras impediu a consolidação de um Estado de Direito nos moldes como se operou no Estado francês. Assim, podemos concluir que a hipótese ventilada não se aplica ao caso brasileiro, uma vez que a política majoritária conservadora no Segundo Reinado mitigou a possibilidade do *contencioso administrativo* vir a representar uma ideia-força na consolidação do Estado de Direito no Brasil imperial.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

FONTES PRIMÁRIAS

- França (século XIX):

BERTHÉLEMY, H. **Traité Élémentaire de Droit Administratif**. Septième Ed., Paris: Librairie de Droit et jurisprudence/Arthur Rousseau, 1913.

BLOCK, Maurice. **Petit Dictionnaire Politique et Social**, Paris: Librairie Académique Didier Perrin et Cie, 1896.

CHAUVEAU, Adolphe. **Principes de Compétence et de juridiction**. Tome I, Paris: Cotillon e Durand, 1841.

CORMENIN, Louis-Marie de Lahaye (Visconde de, 1788-1868). **Questions de Droit Administratif**, 1822. Disponível em <https://data.bnf.fr/en/12548006/louis-marie_de_lahaye_cormenin/>. Acesso em: 07 mar 2019.

_____. **Droit administratif**, 2v. 5ª ed., Paris: Pagnerre, 1840.

ELLIOT, E. G. M. **Pradier-Fodéré**. The American Political Science Review, vol. 2, no. 2, 1908, pp. 245–254. Disponível em: <www.jstor.org/stable/1944776>. Acesso em: 27 mar 2019.

FODÉRÉ, Pradier. **Precis de Droit Administratif**. Septième Éd., Paris: Guillaumin/A. Durand et Pédone Lauriel, 1872.

FOUCART, Emile-Victor-Masséna. **Elements de Droit Public et Administratif ou Exposition Méthodique des Principes du Droit Public Positiv avec L'indication des Lois a L'appui**, Bibliothèque Nationale de France, 1839. Disponível em: <https://data.bnf.fr/en/14423878/emile-victor_foucart/>. Acesso em: 08 mar 2019.

FRANÇA. Assembleia Nacional (**Dictionnaire des Parlementaires Français de 1789 a 1889**). Disponível em: <http://www2.assemblee-nationale.fr/sycomore/fiche/%28num_dept%29/9369>. Acesso em: 23 mar 2019.

GÉRANDO, Joseph-Marie de. **Institutes du Droit Administratif Français, ou Éléments du Code Administratif / réunis et mis en ordre, par M. le baron de Gérando.** Paris: Chez Pourchet, Libraire-Editeur, 1836.

HAURIOU, Maurice. **Précis de Droit Administratif et de Droit Public.** Paris: Librairie de La Société de Recueil Sirey, Larose et Tenin, Huitième Édition, 1892.

HENRION DE PANSEY, Pierre Paul-Nicolas. **De l'Autorité Judiciaire dans les Gouvernements Nonarchies.** Paris: T. Barrois père, 1810.

JACQUELIN, René. **Les Principes Dominants du Contentieux Administratif.** Paris: V. Giard & E. Brière, 1899.

LAFERRIÈRE, Louis-Edouard Julien. **Traité de la Juridiction Administrative et des Recours Contentieux,** Tome Premier, Paris: Berger-Levrault et Cie., 1887.

_____. **Cours Theorique et Pratique de Droit Public et Administratif.** 4. ed. rev. et augm. Paris: Cotillon, 1854.

LAFERRIÈRE, Firmin. **Cours Droit Public et Administratif,** Bibliothèque Nationale de France. Disponível em < https://data.bnf.fr/en/12327334/firmin_laferriere/> Acesso em: 08 mar 2019.

LOCRÉ, Jean-Guillaume. **Du Conseil d'État, de sa Composition, de ses Attributions, de son Organisation Intérieure, de sa marche et du Caractère de ses Actes,** Paris: Garnery, 1810.

MACAREL, Louis-Antoine. **Éléments de Jurisprudence Administrative, extraits des décisions rendues par le Conseil d'État en matière contentieuse.** 2v., Paris: Dondey-Dupré, 1818.

MAGNITOT, Albin le Rat; et DELAMARRE, Huard. **Dictionnaire de Droit Public et Administrative.** Tome Premier, Paris: Joubert, 1836.

MONTESQUIEU, Charles de Secondant, Baron de. **O espírito das leis.** 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

PROUDHON, Jean-Baptiste-Victor (1758-1838). **Traité du Domaine Public, ou De la Distinction des Biens considérés principalement par rapport au Domaine Public.** Dijon: Chez Victor Lagier, Libraire-Éditeur, 1833.

PRADIER FODÉRÉ, M.Paul. **Précis de Droit Administratif.** Paris: Guillaumin/Durand et Pédone, 1872.

SERRIGNY, Denis. **Comité des Travaux Historiques et Scientifiques.** Institut rattaché à L'École nationale des Chartes. Disponível em: <<http://cths.fr/an/savant.php?id=115283>>. Acesso em: 20 mar 2019.

SIREY, Jean, Batiste. **Du Conseil d'Etat selon la Charte Constitutionnelle ou Notions sur la Justice d'ordre politique et administratif.** Paris: Cour du Harley, près le Palais de Justice, 1818.

_____. **Coleções de Códigos Anotados Sirey.** Bibliothèque Nationale de France. Disponível em <https://data.bnf.fr/en/12362264/jean-baptiste_sirey/>. Acesso em: 07 mar 2019.

VIVIEN, Alexandre François Auguste. **Etudes Administratives.** Paris: Guillaumen, 1846.

- Segundo Reinado brasileiro:

BARROS, Henrique do Rego. **Apontamentos sobre o Contencioso Administrativo e sobre os Privilégios e Prerrogativas da Administração nos Contratos e Transações que celebra com o Poder Público.** Rio de Janeiro: Eduardo & Henrique Laemmert, 1874.

BASTOS, Aureliano Candido Tavares. **Cartas do Solitário** (Carta II), 2ª ed. Rio de Janeiro: Typ. da atualidade, 1863.

_____. **A Província: Estudo sobre a Descentralização do Brasil.** Rio de Janeiro: B. L. Garnier, 1870.

BLAKE, Augusto Victorino Alves Sacramento. **Diccionario bibliographico brasileiro.** v.1, Rio de Janeiro: Typ. Nacional, 1883.

BRASIL. **Imperiais Resoluções do Conselho de Estado na Seção de Fazenda: anos 1856 a 1860.** v.4, Rio de Janeiro: Typ. Nacional, 1871.

BUENO, José Antônio Pimenta. **Direito Público Brasileiro e Análise da Constituição do Império.** Rio de Janeiro: Typ. Imp. e Const. de J. Villeneuve e E.C., 1857.

CABRAL, Prudencio Giraldes Veiga. **Direito Administrativo.** Rio de Janeiro: Typ. Universal de Laemmert, 1859.

CARVALHO, José Murilo de (org. e introd.). **Visconde do Uruguai.** Coleção Formadores do Brasil, São Paulo: Ed. 34, 2002.

JUNIOR, J. Isidoro Martins. **Historia do direito Nacional.** Rio de Janeiro: Typ. da Empresa Democrática, 1898.

MELLO, Berlarmino Pessoa de. **Consulta da Seção de Justiça do Conselho de Estado (1842 a 1846).** Rio de Janeiro: Typ. Nacional, 1877.

MELLO, Francisco Ignácio Marcondes Homem. **A Constituinte perante a história.** Rio de Janeiro: Typ. da “Actualidade”, 1863.

NABUCO, Joaquim. **Minha formação.** Rio de Janeiro: Garnier, 1900.

_____. **Um estadista do Imperio: Nabuco de Araujo:** sua vida, suas opiniões, sua época. 3v. Rio de Janeiro: H. Garnier, 1899-1900.

OLIVEIRA, José Rubino. **Epitome de Direito Administrativo.** São Paulo: Leroy King Bookwalker, 1884.

PIMENTA BUENO, João Antonio. **Direito Público Brasileiro e Análise da Constituição do Império.** Rio de Janeiro: Ministério da Justiça e Negócios Interiores, 1958.

REGO, Vicente Pereira. **Direito Administrativo Brasileiro comparado com o Direito Administrativo Francês, segundo o método de Pradier-Fodéré.** v. I e II, 1ª ed., Recife: Typ. Universal, 1857.

_____. **Elementos de Direito Administrativo Brasileiro.** 2ª. ed., Recife: Typ. Commercial de Geraldo Henrique de Mira & C., 1860.

RIBAS, Antonio Joaquim. **Direito Administrativo Brasileiro**. Rio de Janeiro: F. L. Pinto &C, 1866.

SÁ, Felipe Franco de. **A reforma da Constituição**: estudo de história pátria e direito constitucional. Rio de Janeiro: Typ. Nacional, 1880.

SILVA, Antônio de Moraes. **Dicionário da Língua Portuguesa**. v.1, 8ª Ed. Rio de Janeiro: Empresa Literária, 1890.

URUGUAI, Visconde do. **Ensaio sobre o Direito Administrativo**; tomo I. Rio de Janeiro: tipografia Nacional 1862.

VASCONCELLOS, Zacarias de Góes e. **Da natureza e limites do poder moderador**. Rio de Janeiro: Typ. Universal de Laemmert, 1862.

VILLABOIM, Manoel Pedro. É sustentável perante a Constituição Federal o Contencioso Administrativo?. **Revista da Faculdade de Direito de São Paulo**, São Paulo, v. 1, 1893. Disponível em: <<http://www.revistas.usp.br/rfdsp/article/view/65414/68031>>. Acesso em: 10 jul. 2019.

FONTES SECUNDÁRIAS

AMARAL, Azevedo. **O Estado autoritário e a realidade nacional**. Rio de Janeiro: Livraria José Olympio Editora, 1938.

ANDRADE, Nuno Pinheiro. O contencioso Administrativo. Teve ele uma organização regular? In **Revista do Instituto Histórico e Geográfico Brasileiro**. Tomo Especial, Parte III. Consagrado ao Primeiro Congresso de História Nacional (7-16 de setembro de 1914). Teses apresentadas à 4ª Seção (História Constitucional e Administrativa). Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1916.

_____. **O contencioso Administrativo no Império e o Julgamento dos Atos Administrativos na República**. Rio de Janeiro: Typ. Jornal do Comercio, 1915.

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

BARROS, J. D'Assunção. **Origens da História Comparada**. As Experiências com o comparativismo histórico entre o século XVIII e a primeira metade do século XX. Porto Alegre: Anos 90 – Revista do Programa de Pós-Graduação em História da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, v. 14, nº 25, 2007.

_____. **História Comparada**. Petrópolis, RJ: Editora Vozes, 2014.

BARROS JÚNIOR, C. S. DE. Antonio Joaquim Ribas (o conselheiro Ribas). **Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo**, v. 69, n. 2, p. 239, 1974. Disponível em <<https://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/66742>>. Acesso em: 30 mar 2019.

BLOCH, Marc. Para uma História Comparada das Sociedades Europeias. In: **História e Historiadores**. Lisboa: Teorema, 1998.

BOURDIEU, Pierre. **O Poder Simbólico**. Tradução Fernando Tomaz. Rio de Janeiro: Editora Bertrand Brasil S.A., 7ª Ed., 2004.

BRASIL. **Coleção das Leis do Império. Biblioteca digital. Obras Raras**. Brasília: Câmara dos Deputados. Disponível em <<http://bd.camara.gov.br/bd/handle/bdcamara/18299>>. Acesso em: fev 2017.

_____. Coleção Digital de Jornais e Revistas da Biblioteca Nacional.

_____. Arquivo Nacional. MAPA: **Memória da Administração Pública Brasileira** (Arquivo Nacional). Disponível em <http://mapa.arquivonacional.gov.br/index.php/publicacoes2/70-biografias/572-jose-antonio-pimenta-bueno-marques-de-sao-vicente>. Acesso em: 02 mai 2019.

BURDEAU, François. **Histoire du droit administratif (de la Révolution au début des années 1970)**. Paris: Presses universitaires de France. 1995.

CAMPOS, Francisco. **Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1943.

_____. **Direito Administrativo**. 2v. Rio de Janeiro e São Paulo: Livraria Freitas Bastos S/A, 1956, 1958.

_____. **O Estado nacional:** sua estrutura, seu conteúdo ideológico. Rio de Janeiro: José Olympio, 1940.

_____. **Discursos Parlamentares.** Sel. e intr.de Paulo Bonavides. Brasília: Câmara dos Deputados e Livraria José Olympio Editora, 1979.

CAVALCANTI, Temístocles Brandão. **O nosso Conselho de Estado.** Revista de Direito Administrativo, São Paulo, v. 24, p. 1, abr./jun. 1951.

_____. **Instituições de Direito Administrativo.** Rio de Janeiro: Livraria Editora Freitas Bastos, 1936.

_____. **Do Mandado de Segurança.** São Paulo: Editora Saraiva, 1948.

COSER, Ivo. **Visconde do Uruguai – centralização e federalismo no Brasil (1823-1866).** Belo Horizonte: Editora UFMG, 2008.

COSTA, Castro. **Conceito de Democracia no Estado Nacional.** Rio de Janeiro: Cultura Política, v.3, n.32, 1943.

COSTA, Emilia Viotti da. **Da Monarquia à República: momentos decisivos.** 6 ed. São Paulo: Fundação Editora UNESP, 1999.

CRETELLA JÚNIOR, José. O contencioso administrativo na Constituição de 1969. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 104, p. 30-48, out. 1971. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/35508>>. Acesso em: 09 jul 2019.

DETIENNE, Marcel. **Comparar o Incomparável.** Aparecida: Ed. Idéias & Letras, 2004.

DUARTE, Nestor. **A ordem privada e a organização política e nacional - contribuição à Sociologia Brasileira.** 2ª ed. SP: Companhia Editora Nacional, 1966.

EDITOR, O. (1938). Inéditos de antigos alunos. **Revista Da Faculdade De Direito, Universidade De São Paulo**, 1935, 34(1), 31-35. Disponível em: <<http://www.journals.usp.br/rfdusp/article/view/65873>>. Acesso em: 20 mai 2019.

FAORO, Raymundo. **Os donos do Poder: formação do patronato político brasileiro**. 3 ed. rev. São Paulo: Globo, 2001.

FERREIRA, Desembargador Vieira. Juízes e Tribunais do Primeiro Império e da Regência. In: **Boletim do IHGB**. RJ: Imprensa Nacional, 1937.

FERREIRA, Gabriela Nunes. **Centralização e Descentralização no Império: o debate entre Tavares Bastos e Visconde de Uruguai**. São Paulo: Editora 34 Ltda, 1999.

FIGUEIREDO, Paulo Augusto de. **O Estado Novo e o Homem Novo**. Rio de Janeiro: Cultura Política, Ano1. n.1, 1941.

FILHO, Alberto Venâncio. **Das Arcadas ao Bacharelismo** (150 anos de ensino Jurídico no Brasil). São Paulo: Editora Perspectiva. 2ª ed., 1982.

FILHO, Manuel Gonçalves Ferreira. **A Reconstrução da Democracia**. São Paulo: Saraiva, 1979.

FLORINDO, Glauber Miranda. O Método Comparado na História: das problemáticas às novas propostas. **Revista de C. Humanas**, Viçosa. V. 13, n. 2, p. 379-390, jul./dez. 2013.

FONSECA, Tito Prates da. **Lições de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro, São Paulo: Livraria Editora Freitas Bastos, 1943.

FRANCA, Geminiano da. **O poder judiciário no Brasil**. Rio de Janeiro: Typographia do Jornal do Commercio, 1931.

FREIRE, Felisberto. **História Constitucional da República dos Estados Unidos do Brasil (1858-1916)**. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1983.

GARNER, Lydia Magalhães. Justiça Administrativa no Brasil do Segundo Reinado (1842-1889). In: **Revista de História**. ed. 147, SP: USP, 2002.

GODOI, R. C. de. **Um editor no Império: Francisco de Paula Brito (1809-1861)**. São Paulo: Edusp, 2016.

GOMES, Ângela de Castro. Cultura política e cultura histórica no Estado Novo. In: ABREU, Martha, SOIHET, Rachel et GONTIJO, Rebeca. Cultura política e leituras do passado. **Historiografia e ensino de História**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2007.

GUALAZZI, Eduardo Lobo Botelho. **Justiça Administrativa**. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1986.

HESPANHA, Antonio Manuel. **História das Instituições**: época medieval e moderna. Coimbra: Livraria Almedina, 2004.

_____. **O direito administrativo como emergência de um governo activo** (c. 1800 - c 1910). Revista de história das ideias. Coimbra: Faculdade de Letras da Universidade de Coimbra, n. 26, 2005.

JASMIN, Marcelo Gantus. **Dois momentos de um encontro intelectual**. In: JASMIN, Marcelo Gantus, FERES JÚNIOR, João. História dos conceitos: debates e perspectivas. Rio de Janeiro: Editora PUC-Rio, Edições Loyola, Iuperj, 2006.

KOSELLECK, Reinhart. **Uma história dos conceitos**: problemas teóricos e práticos. Rio de Janeiro: Estudos históricos. Vol. 5, n. 10, p. 134-146, 1992.

LEAL, Victor Nunes. **Coronelismo, enxada e voto**: o município e o regime representativo no Brasil. São Paulo: Companhia das Letras, 7ª. ed., 2012.

LIMA, Ruy Cirne. **Princípios de direito administrativo brasileiro**. Porto Alegre: Edição da livraria do Globo, 1939.

LOPES, José Reinaldo de Lima. **O Oráculo de Delfos**: O Conselho de Estado no Brasil-Império. São Paulo: Saraiva, 2010.

_____. Consultas da Seção de Justiça do Conselho de Estado (1842-1889). São Paulo: In: **Almanaque brasiliense**, Revista Eletrônica nº 75, 2007.

LYNCH, Christian Edward Cyril. **Da Monarquia à Oligarquia: história institucional e pensamento político brasileiro 1822-1930**. Rio de Janeiro: Ed. Alameda, 2014.

MARTINS, Henrique. **Lista Geral dos Bacharéis e doutores que tem obtido o respectivo grau na Faculdade de Direito do Recife**: desde a sua fundação em Olinda no ano de 1828 até o ano de 1931. Recife: Diário da Manhã, 1931.

MARTINS, Maria Fernanda Vieira. **A velha arte de governar**. Um estudo sobre política e elites a partir do Conselho de Estado (1842-1889). Rio de Janeiro: Arquivo Nacional, 2007.

MATHIAS, Carlos Fernando. **Notas para uma história do judiciário no Brasil**. Brasília: Ed. Fundação Alexandre Gusmão, 2009.

MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. Evolução científica do direito administrativo. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, 1966. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/27949>>. Acesso em: 24 mar 2019.

NETO, Francisco Teotônio Simões. **Os bacharéis na Política**. A política dos bacharéis. Ebooks Brasil, 2006. Disponível em: <www.ebooksbrasil.org>. Acesso em: set 2016.

NETO, Lira. Getulio: **Do Governo Provisório à Ditadura do Estado Novo (1930-1945)**, 1ª Ed., São Paulo: Companhia das Letras, 2003.

NEVES, Edson Alvisi. Princípios Gerais da Jurisdição Administrativa nos Tribunais do Império. In: **Revista de Direito da Associação dos Procuradores do Novo Estado do Rio de Janeiro**, Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2009.

NUNES, Castro. **Teoria e Prática do Poder Judiciário**. Edição Revista Forense. Rio de Janeiro. 1943.

_____. **Da Fazenda Pública em Juízo**: Tribunal Federal de Recursos – Juízos dos Feitos. 1ª Ed., Rio de Janeiro São Paulo: Livraria Freitas Bastos, 1950.

_____. **Do Mandado de Segurança e de outros meios de defesa contra atos do poder público**. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1956.

OLIVEIRA, José Rubino. **Epítome de Direito Administrativo**. São Paulo: Leroy King Bookwalker, 1884.

OLIVEIRA, José Sebastião de; TOFFOLI, Vitor. O ensino jurídico em nosso país no período imperial e no primeiro momento republicano, sua evolução histórico-metodológica e suas consequências na contemporaneidade. In: **Sistema Jurídico e Direitos fundamentais individuais e Coletivos**. 1ª. ed. Florianópolis: Fundação Bouitex, 2012. Disponível em:

<<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=6c14da109e294d1e>> . Acesso em: 20 jun. 2019.

OTTONI, Christiano Benedicto. **O advento da república no Brasil**. Rio de Janeiro: Typ.Perseverança, 1890.

PANDOLFI, Dulce (org). **Repensando o Estado Novo**. Rio de Janeiro: Ed. Fundação Getulio Vargas, 1999.

PIMENTA, João Paulo Garrido. **História dos conceitos e história comparada**. Almanack Braziliense, nº. 7, 2008.

RODRIGUES, Leda Boechat. **História do Supremo Tribunal Federal**. 2.ed., Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1991.

RODRIGUÉZ, Ricard Véléz. **Castilhismo: uma filosofia da República**. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial, 2000.

SALLES, Campos. **Discursos na República**. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1902.

SILVA, Ricardo Perlingeiro Mendes; SOMMERMAN, Karl-Peter; BLANKE, Hermann-Josef. **Código de Jurisdição Administrativa**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

SANTOS, Wanderley Guilherme dos. **Ordem Burguesa e Liberalismo Político**. São Paulo: Duas Cidades, 1978.

SEBASTIÁN. Fernández Sebastián, FUENTES, Juan Francisco. Conceptual History, Memory and Identity: An interview with Reinhart Koselleck. **Contributions to the History of Concepts**, v. 2, n. 1, 2006. Disponível em: <<http://www.javierfsebastian.com/wp-web/wp-content/uploads/2013/06/entrevista-CONTRIBUTIONS-KOSELLECK.pdf>>. Acesso em: 13 fev 2019.

SIMÕES NETO, Francisco Teotônio. **Os bacharéis na política: a política dos bacharéis**. Tese (Doutorado em Ciências Sociais), São Paulo:Universidade de São Paulo, 1983. Disponível em: <<http://www.ebooksbrasil.org/eLibris/bachareisteo.html>>. Acesso em: 20 jul 2019.

SKINNER, Quentin. Significação e compreensão na história das ideias. In **Visões da política: sobre os métodos históricos**, Lisboa: Difel, 2005.

_____. **As fundações do pensamento político moderno**. São Paulo: Companhia das Letras, 2006.

TÁCITO, Caio. Presença norte-americana no direito administrativo brasileiro. In: **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 129, 1977, p. 21. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/42480>>. Acesso em: 19 jun 2019.

_____. O Primeiro Livro sobre Direito Administrativo na América Latina. In: **Temas de Direito Público**, v.1, Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

VASCONCELLOS, José Mattos de. **Direito Administrativo**. Vol. I. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1936.

VIANNA, Luis Werneck. **Ensaio sobre Política, Direito e Sociedade**. São Paulo: HUCITEC, 2015.

VIANNA, Oliveira. **Populações Meridionais do Brasil**. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial, 2005. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br>>. Acesso: em 20 mar 2019.

_____. **O Idealismo na Evolução Política do Império e da República**. São Paulo: Biblioteca do Estado de São Paulo, 1922.

_____. **Instituições Políticas Brasileiras**. São Paulo: Edusp, 1987.

_____. **O idealismo da Constituição**. 2ª ed., São Paulo: Nacional, 1939.

_____. **O ocaso do Império**. 3ª edição, Rio de Janeiro: José Olympio, 1959.