

## O CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO NA REPUBLICA

---

A propria epigraphe dispensa explanções philosophicas sobre o contencioso administrativo e sua legitimidade.

Demais, os representantes das escolas franceza e italiana esgottaram esse assumpto.

Laferrière, Vivien e Aucoc, Orlando e Meucci, entre outros, deram tal desenvolvimento a esta parte do direito administrativo e tão alto elevaram a discussão, que não é facil tratá-la sem repetir, ou sem o perigo de repetir mal o que elles disseram magistralmente.

Egualmente foi o contencioso do Imperio tão proficientemente tratado, com tal uniformidade de vistas, que nenhum interesse poderia advir, hoje, da exposição que do assumpto se fizesse em relação a esse periodo da nossa evolução politica.

Bernardo de Vasconcellos, Pereira do Rego, Veiga Cabral, o Visconde de Uruguay, Pimenta Bueno, Furtado de Mendonça, Ribas, Euzebio de Queiroz, Itaborahy, Jequitinhonha, Nabuco e tantos outros, — parlamentares, professores, conselheiros de Estado, publicistas e jurisconsultos, — deram-lhe o brilho de suas luzes e o cunho de sua auctoridade incontrastavel.

\*  
\* \*

Na Republica, os publicistas nacionaes que têm escripto sobre o contencioso administrativo, seguem a escola italiana e negam sua legitimidade no dominio da sciencia, bem como no dominio da Constituição Federal; preconizam as organizações administrativas ingleza e norte-americana, filiando a esta aquelle instituto juridico nacional.

O dr. Manoel Pedro Villaboim, na dissertação apresentada á congregação da Faculdade de Direito de S. Paulo,

para obter a cadeira de Direito Administrativo, que hoje rege com brilho notorio, concluiu sua erudita exposição affirmando, cathorica e positivamente, que « a Constituição Federal não admittre o contencioso administrativo ».

Vamos transcrever as premissas donde tirou essa conclusão o eminente professor.

Escreve elle : — « Resta-nos resolver a questão sob o ponto de vista da nossa Constituição Federal.

Não tendo consagrado expressamente ao contencioso administrativo disposição alguma, tel-o-á implicitamente admittido ?

Póde-se tirar esta conclusão do seu art. 83, onde estae que *continuam em vigor emquanto não revogadas as leis do antigo regimen, no que explicita ou implicitamente não for contrario ao systema de governo firmado pela Constituição e aos principios nella consagrados ?*

Esta disposição não nos habilita a resolver o problema ou melhor, leva-nos a indagar si o contencioso administrativo, que era consagrado nas leis do antigo regimen, é ou não contrario ao systema de governo firmado pela Constituição e aos principios nella consagrados.

As leis do antigo regimen tinham instituido o contencioso administrativo, investindo o poder administrativo de funcções jurisdiccionaes muito amplas a esse respeito ; entretanto nunca systematizaram a materia ; não continham como diz-nos Ribas, (Dir. Adm. Bras. pag. 167), formulas claras e precisas sobre o assumpto. De modo que, apezar de reconhecerem como funcções normaes do poder administrativo as relativas ao contencioso, deixaram sempre margem a continuas duvidas sobre as materias que deviam constituir o contencioso judiciario e as que seriam objecto do administrativo, nos casos em que a administração fosse parte no litigio.

Entretanto, a doutrina corrente, entre os escriptores patrios accitava geralmente para o contencioso o conceito que nos dá Ribas (obr. cit.) nestes termos : — « O contencioso administrativo só tem logar quando se invoca a acção da administração, como ramo do poder social, ou se recorre de acto por ella praticado sob este mesmo character. Quando se quer que a administração como representante do Estado, como pessoa juridica, faça, consinta ou dê certa cousa, deve-se invocar o contencioso judiciario. »

Era portanto reconhecida á administração competencia para decidir as reclamações, as contendas que por ferirem direitos de alguém, tivessem suscitado actos seus.

Ora, tendo nós provado que nos paizes organizados sob o regimen representativo e onde o exercicio da soberania esteja, de accordo com os principios mais respeitadas do direito publico, dividido pelos poderes legislativo, executivo e judiciario, é condição essencial a sua coexistencia, á manutenção de sua independencia nos seus justos limites,

como meio de harmonia entre elles, a unidade de jurisdicção e que essa jurisdicção deve ser exercida pelo poder por sua constituição, por sua indole, por seu destino, apropriado ás funcções que ella abrange—o poder judiciario—é logico que a Constituição Federal, adoptando o regimen representativo e estabelecendo no seu art. 15 que « os orgãos da soberania nacional são o poder legislativo, o executivo e o judiciario, harmonicos e independentes entre si », não admitte o contencioso administrativo.

Permittir ao poder administrativo decidir os litigios originados de seus proprios actos, deixar de submettel o em casos taes ao correctivo benefico do poder judiciario, será tornar impossivel, irrealizavel a harmonia consignada pela Constituição ; e essa independencia que ella garante aos poderes publicos só pôde ser assim entendida, sob pena de converter-se em germen de desorganização e elemento de perturbações constantes á marcha regular do Estado.

Esta conclusão, resultante da indole das instituições firmadas pela constituição, é corroborada por argumentos deduzidos de outras disposições da mesma ou, melhor, por essas proprias disposições.

E' assim que, estabelecendo as attribuições dos juizes e tribunaes federaes, preceitua no seu art. 60 :

— «Compete aos juizes ou tribunaes federaes processar e julgar : ...

b) todas as causas propostas contra o governo da União ou Fazenda Nacional, fundadas em disposições da constituição, leis e regulamentos do Poder Executivo ou em contractos celebrados com o mesmo governo.

c) as causas provenientes de compensações, reivindicações, indemnisação de prejuizos ou *quaesquer outras* propostas pelo governo da União contra particulares ou vice-versa.»

Destas disposições infere-se que a constituição não admitte o contencioso administrativo.

Si a acção é o meio de que dispõe o proprietario de um direito para fazel-o respeitar e si a constituição a reconhece aos particulares em todas as contraversias contra o governo da União e declara competente para conhecer dellas o poder judiciario, reconhece que o governo é nesses litigios uma parte igual ao particular com quem contende ; que, infringindo a lei, desrespeitando um direito, o governo está, como o particular, sujeito á auctoridade do poder judiciario, incumbido de fazer respeitar uma e outro quando violados ; não permite a anomalia de ser o poder administrativo parte e juiz ao mesmo tempo.

Nem se diga que a constituição refere-se ás questões originadas de actos praticados pela administração como pessoa jurídica.

A phrase da constituição, «*todas as causas fundadas em disposição da Constituição Federal, das leis e regulamentos do executivo ou em contractos*» abrangendo todas as fontes de onde se podem originar os direitos e declarando que todas as questões que nellas se fundem competem ao poder judiciario, não dá logar a objecção.

O contencioso administrativo é um litigio em que figura de um lado a administração, e de outro um administrado, tendo por objecto um direito que se quer fazer valer. Ora, as fontes de todos os direitos são: a lei—e com ella os actos do poder publico que tenham igual força quando revestidos dos devidos requisitos, como os regulamentos—quer quando ella os crêa, quer quando limita-se a declaral-os, a reconhecel-os; e as convenções.

Si a constituição attribue todos os litigios baseados em quaes quer dellas á competencia do poder judiciario, nenhuma questão sobre direitos dará logar a uma jurisdição administrativa; não ha objecto para o chamado contencioso administrativo.

Além deste argumento que conclue com todo rigor logico contra o contencioso administrativo, a expressão—governo da União—usada na parte b) transcripta e a phrase *ou quaesquer outras propostas pelo governo contra particulares ou vice-versa*» avigoram ainda mais nossa conclusão.

E como, poderão ainda insistir, não admittindo o contencioso administrativo, creou a Constituição um Tribunal de Contas?

Esta excepção viria confirmar a regra por nós estabelecida.

Mas, mesmo ahi revela-se o espirito da Constituição; esse tribunal comquanto de natureza administrativa, offerece pelas garantias de independencia que se lle assegurou e pelos requisitos que devem presidir sua composição, todas as garantias dos tribunaes do poder judiciario.

E' um verdadeiro tribunal judiciario.

Fortifica ainda nossa opinião a confrontação das disposições da nossa Constituição com o regimen em vigor no paiz em cujas instituições ella mais directamente inspirou-se.

Na União Norte Americana, a que nos queremos referir, compete a um tribunal especial do poder judiciario, com recurso em muitos casos para a Côte Suprema, órgão mais elevado desse poder, a decisão de todos os litigios entre particulares e o governo da União, originados de actos deste, quer como poder publico, quer como pessoa jurídica, observando-se no processo respectivo, com o possivel rigor, as formulas pre-scriptas para a materia ordinaria.

Si compararmos, effectivamente, as disposições das leis que regem nos Estados Unidos do Norte a *Court of Claims*, desde a que a creou em 1885 até a de 3 de março de 1887, que alterou as anteriores, com as disposições, por nós transcritas, da Constituição Brasileira, em relação ás attribuições dos juizes federaes, veremos que taes disposições são copia quasi litteral daquellas leis, principalmente da de 3 de março de 1887.

Tambem na Suissa onde vigoram instituições da mesma natureza das nossas, está reconhecida em regra a competencia do poder judiciario para os litigios em que for interessada a administração, comquanto o principio soffra ainda alli muitas excepções.

E porque se ha de recusar a conclusão de que nossa constituição não admitte o contencioso administrativo, apesar de demonstrado, como ficou, que elle é incompativel com a indole do regimen nella estabelecido e de ser essa a doutrina consagrada nas leis de onde quasi copiou as disposições que transcrevemos?

Será em respeito á independencia dos poderes?

Mas, porque toda essa preocupação com a independencia da administração, quando essa independencia não se póde comprehender sem a harmonia exigida pela Constituição e que é condição imprescindivel da sua coexistencia com os demais poderes, como já demonstramos?

E não foi a preocupação dessa harmonia, a sã comprehensão dos limites dessa independencia, que levou a União Americana a sujeitar ao veredictum do poder judiciario, em casos determinados os proprios actos do poder legislativo?

Por tudo quanto temos até aqui exposto, pela argumentação que desenvolvemos, concluimos respondendo á pergunta da Congregação:

A Constituição Federal não admitte o contencioso administrativo».

O dr. Amaro Cavalcanti, na sua importante monographia — *Responsabilidade Civil do Estado*, diz que não ha mais nenhum contencioso administrativo organizado, com jurisdicção propria, capaz de subtrahir o conhecimento de dados feitos aos juizes ou tribunaes da justiça commum.

O que subsiste, e nem podia deixar de subsistir, é o processo e despacho ordinario por actos administrativos, pelos respectivos funcionarios ou auctoridades, admittindo-se recursos das suas decisões, de umas para as outras, segundo a hierarchia dellas, estabelecida nas leis.

Quanto aos actos de fianças, tomadas de contas ou de responsabilidade pelos dinheiros publicos, etc., o seu conhecimento pertence agora ao Tribunal de Contas, reorganizado pelo decreto legislativo n. 392 de 8 de outubro de 1896, cujo art. 2.º declara que, nesses julgamentos, elle funciona como

Tribunal de Justiça, com jurisdição contenciosa e graciososa.

O dr. Augusto Olympio Viveiros de Castro, no seu *Tra-  
tado da Sciencia da Administração e Direito Administrativo*,  
— publicação notavel, particularmente por ser a unica de  
origem nacional que traduz a sciencia do Direito Adminis-  
trativo no seu estado de desenvolvimento posterior ao tem-  
pe em que escreveram Uruguay e Ribas, dos melhores pu-  
blicistas de então, — desenvolve com erudição a doutrina do  
contencioso, negando á administração em geral, á vista dos  
principios que defende, a faculdade judicante; negando,  
egualmente, á administração brasileira, essa faculdade em  
face das disposições da Constituição Federal.

O dr. Viveiros de Castro, publicista e jurista *pur sang*,  
bem merece a honra de ser considerado o *pionneiro* que pri-  
meiro desbravou o caminho dessa nova jornada. Sim, porque  
Uruguay e Ribas não puderam realizar as promessas, —  
aquelle de produzir a obra *ensaiada*; este de vêr erguer-se  
o *monumento* em cujos *alicerces* foi um dos primeiros a tra-  
balhar.

« Erguer o monumento da jurisprudencia administrativa  
não é gloria que possa caber a um só individuo, (escreveu o  
Degerando Brasileiro no prefacio de seu *Direito Adminis-  
trativo*). Contentamo-nos, pois, de ser um dos que primeiro  
trabalharam em seus alicerces ».

Mais do que ensaio e alicerces e sim realidade e monu-  
mento, consentaneos com a epoca, encontrou sem duvida,  
Viveiros de Castro para retocar e augmentar com os recur-  
sos da arte moderna.

Depois de Ribas e antes do illustre director do Tribunal  
de Contas, escreveu Rubino de Oliveira, sob o modesto titu-  
lo de *Epitome de Direito Administrativo*, um resumo de ac-  
cordo com o programma de ensino da Faculdade de Direito  
de S. Paulo no anno de 1884, sem o tempo, que a morte lhe  
negou, de corrigir-lhe os erros e de dar-lhe mais desenvolvi-  
mento em nova edição. para o que lhe sobravam competen-  
cia e energia, tantas vezes comprovadas nos numerosos e  
brilhantes concursos que fez para entrar na Faculdade, que,  
afinal, illuminou com o seu talento e enriqueceu com o  
grande cabedal scientifico que possuia, embora por pouco  
tempo, porque as injustas preterições que seguiam os  
seus triumphos academicos, só lhe permittiram realizar o  
seu sonho de lente, em idade não pouco avançada, minada  
sua existencia, quiçá, pelas decepções que tivera.

O *Epitome de Direito Administrativo*, resume com imper-  
feições e erros o *Ensaio* e o *Direito Administrativo* dos  
dous classicos da literatura juridico-administrativa nacio-  
cal; pelo que não corresponde ao desenvolvimento da sciencia,  
mesmo já ao tempo em que foi publicado, que dista tan-  
to daquelles como do innovador, ao qual nos temos referido,  
e a quem consideramos, por isso, o *pionneiro* da nova jor-

nada, não obstante a ordem chronologica de seu apparecimento.

Os organizadores dos programmas de ensino nas Faculdades de direito não se submeteram tão pouco, aos dictames de ordem encyclopedica; de modo que, reduzido o dominio puramente administrativo, foram nesses programmas incluídas materias pertinentes a outros dominios, nomeadamente ao do direito publico geral.

Uns e outros jamais cogitaram da exposição dos principios referentes ás relações entre os administrados e a administração, que, conforme o conceito dos escriptores estrangeiros e nacionaes concorrem, com os de organização administrativa, para a constituição do objecto do direito administrativo.

As administrações especiaes, de que falam Colin e outros publicistas, egualmente não mereceram as attenções dos cultores patrios desse ramo importante do direito.

Da nossa parte, cumprimos o dever para com a sciencia, quando, vae para quatorze annos, confeccionando o programma de Direito Administrativo, adoptámos a seguinte distribuição de materias: — *Preliminares* — *Da administração* — *Da Administração Federal* — *Da Administração Estadual* — *Da Administração Municipal* — *Dos Administrados* — *Do Processo Administrativo* — *Da Pratica do Direito Administrativo*; e em cada uma dessas secções incluímos materia genuinamente administrativa, sem excepção feita ás preliminares.

Sob o ponto de vista encyclopedico e do methodo, estamos, em geral, de accordo com o autor do *Tratado da Sciencia da Administração e do Direito Administrativo*.

Outrotanto não podemos dizer, infelizmente para nós, quanto á dualidade das sciencias que disputam o dominio da administração, e com as quaes elle, seguindo, é verdade, a quasi unanimidade dos autores, o partilha; porque entendemos não haver sciencia da Administração distincta do Direito Administrativo.

A parte do *Tratado* do dr. Viveiros de Castro, que se inscreve — *Sciencia da Administração* — corresponde, no nosso programma, á que denominámos — *Das Relações dos Administrados com a Administração* — que outros subordinam ao titulo de — *Administrações especiaes*.

---

Deixando para melhor occasião as *notas à margem*, que por generosa delicadeza de nós solicitou, ao mimosear-nos com um exemplar dessa preciosidade, desde já folgamos de poder testemunhar-lhe que julgamos inestimavel o seu serviço ás lettras juridicas pelo merito de ser o *Tratado* a

única obra que traduz a actualidade da Sciencia do Direito Administrativo nacional.

Fechamos assim o grande parentese que abrimos para fazer ligeira apreciação sobre a publicação que nos despertou as despretenhosas considerações que vamos fazendo sobre o contencioso administrativo na Republica.

Diziamos que o dr. Viveiros de Castro, assim como os drs. Villaboim e Amaro Cavalcanti, é contrario á justiça administrativa, ou ao contencioso administrativo, em geral e em relação á Constituição Federal.

Vejam os que diz elle : — «O actual regimen consagrou o principio da *unidade* do poder de julgar, declarando expressamente a Constituição Federal, no art. 60, que compete aos juizes ou Tribunaes Federaes processar e julgar : — 1) todas as causas propostas contra o governo da União ou Fazenda Nacional, fundadas em disposições da Constituição, leis, e regulamentos do Poder Executivo, ou em contractos celebrados com o mesmo Governo.»

Cita a opinião do dr. Amaro Cavalcanti e transcreve as disposições da lei n. 221, de 20 de novembro de 1894, as quaes considera em opposição ao Contencioso Administrativo.

Exposta, como fica, a doutrina adversa ao contencioso administrativo na Republica, por nossa vez vamos mostrar a improcedencia de tal doutrina e que esse instituto juridico, modificado, sem duvida, se mantem de accordo com a Constituição Federal e, nos termos do art. 83 desta, com as leis do antigo regimen, substancialmente confirmadas pelas do novo, no particular que nos prende a attenção, como, quanto á administração publica em geral.

Não temos mais, dizemos nós, o contencioso absoluto da instituição franceza; temos porém, um relativo, de feição mixta, attenta a complexidade dos principios de organização politico-judiciario administrativa, que em parte importamos de Portugal, dos Estados Unidos, da Italia e da propria França, influindo nessa organização o elemento nacional com suas tradições e tendencias.

E da propria indole das organizações constitucionaes, pela divisão, independencia e harmonia dos poderes, que decorre o contencioso administrativo.

E, longe de ser a administração um poder sem judicatura, ou de judicatura excepcional e o judiciario o unico poder judicante, ou o unico judicante commum, ensinam os mais auctorizados auctores que, em cada esphera de acção, ambos exercem função judicante commum, não sendo a da administração uma derogação da do judiciario.

Effectivamente, ensina Cabantous que correspondentemente á substancia das funcções soberanas da sociedade politica, dous são apenas os poderes — o legislativo e o executivo —, este destinado, como a expressão o indica, a executar as leis, ou applical-as, e nessa missão de executar ou

de applicer é que convencionalmente se destacam o poder governamental, o administrativo e o judiciario, dentro das linhas scientificas ou legais que os separam para melhor realização do objectivo commum: — as relações de interesse ou direito decorrentes das leis de ordem publica, fazem objecto da administração, que age com a mais ampla liberdade dentro de sua esphera de acção, e sómente as relações decorrentes do dominio privado fazem objecto do poder judiciario, egualmente autonomo dentro dessa esphera traçada pelo direito judiciario, como o administrativo, baseado no regimen da divisão, separação, independencia e harmonia que caracterizam o regimen de organização politica dos povos modernos.

A divisão dos poderes não exclue o contencioso administrativo, mas o gera, como conseqüencia do systema.

A administração deixaria de ser independente si ás suas funcções activas não estivessem adicionadas as jurisdiccionaes; porque sem estas ficariam aquellas sem realidade pratica.

E, uma vez que as funcções contenciosas são necessarias para que a administração seja um poder distincto e independente dos outros, ellas existem virtualmente nas organizações monarchicas e republicanas constitucionaes representativas; porque — *cui jurisdictio data est, ea quoque concessa videtur sine quibus jurisdictio explicari non potest.*

A constituição do Imperio adoptára o regimen da divisão e independencia de poderes e ninguem se lembrou de combater a instituição do contencioso administrativo nesse regimen, por considerá-la incompativel com a divisão dos poderes.

Não, o dr. Villaboim e todos os que com elle argumentam com a divisão e independencia dos poderes politicos para combaterem o contencioso administrativo, não têm razão e empregam o argumento contraproducente; porque a jurisdicção é attributo essencial do poder que executa e o julgamento condição daquella.

Não tem melhor procedencia a invocação do art. 60 da Constituição Federal. Não se contém nas premissas das letras *b* e *c* desse artigo, as conclusões que o dr. Villaboim e outros tiram dellas e, assim, nenhum valor podem ter sem a logica que as vivifique.

As disposições das letras *b* e *c* do artigo 60 correspondem a funcções elementares do poder judiciario em todos os paises, inclusive aquelles que não têm o regimen federativo norte-americano (que são quasi todos;) porque em todos elles o Estado póde accionar e ser accionado, não só como pessoa juridica e por actos de pura gestão, como no character de poder publico pelas lesões de direitos occasionadas pelos seus agentes no exercicio das funcções administrativas propriamente ditas, segundo a doutrina hoje corrente da responsabilidade do Estado pelos actos de seus funcionarios.

Si nesses outros paizes a Constituição não contém eguaes disposições é porque o poder judiciario unitario não exige a discriminação de poderes, aliás, necessaria nas organizações politicas, como a nossa, de poder judiciario nacional e local.

A inserção daquellas disposições na Constituição de 24 de Fevereiro se explica pela necessidade de discriminar a competencia da justiça federal e das justiças dos Estados, ou si se quizer — o contencioso judiciario da União, do contencioso judiciario dos Estados: mas não indica, como affirmam *ex adverso*, a absorpção, por parte do poder judiciario federal, das funções contenciosas da administração, de julgamento, não de causas ou litigios, mas das *questões administrativas* entre ella e os administrados.

O que se deve entender é que nos casos das letras *b* e *c*, só o poder judiciario federal e não os dos Estados, tem competencia para julgar, mas não que as questões administrativas deixem de ser resolvidas, de accordo com os principios da divisão dos poderes, pela administração.

Nem vemos a procedencia da arguição do dr. Viveiros de Castro sobre a expressão *Governo*, como indicativa da exclusão do character da pessoa juridica do Estado, porque sabemos que na technica scientifica essa expressão tem ora um sentido lato, ora um sentido restricto:— designa a entidade politica em geral, ou designa-a como conjuncto dos tres poderes, ou finalmente, a designa como um desses poderes.

Demais, a disjunctiva— ou Fazenda Nacional, mostra que essa expressão é empregada em sentido lato, indicativo da propria pessoa juridica da União.

O dr. Levindo Lopes interpreta o art. 60 do mesmo modo que nós, como se deprehende das suas palavras, quando a pags. 150 e 151 de suas *Licções* diz: «... no segundo aspecto allude-se ao contencioso administrativo, que, como os srs. sabem, foi abolido pela Const. do Estado, mas é ainda conservado na Legislação Federal ».

E' evidente que si o artigo 60 houvesse abolido o contencioso, não poderia este ser conservado na Legislação Federal; porque o art. 83 da mesma Const. Federal mandou conservar e observar apenas as leis do antigo regimen que explicita ou implicitamente não fossem contrarias aos principios nella consagrados.

Do trecho aspado decorre ainda que o dr. Levindo entende que, por haver a Constituição do Estado abolido o contencioso administrativo, não foi elle conservado na respectiva legislação. E isto vem confirmar o conceito que attribuímos ao illustre jurisconsulto em relação ao art. 60

Quanto á abolição pela Const. do Estado, seja-nos permitido aventurar algumas considerações.

A Legislação Mineira no departamento dos negocios da fazenda, continúa a ser substancialmente a mesma, no que diz respeito ao processo e julgamento das questões discutidas entre os administrados e a administração.

O art. 111 da Constituição do Estado de Minas manda vigorar as leis da União e as do Estado que não forem contrarias aos principios consagrados nas duas constituições politicas, e em ambas não vimos principio algum contrario ao contencioso administrativo; ao envez disso lhe encontramos a base em mais de uma disposição e na propria indole da organização politica dellas resultante.

Nem obsta a disposição do art. 4.º da Const. do Estado, a permanencia da jurisdicção administrativa contenciosa, instituição complexa que não póde desapparecer por um golpe de disposição constitucional, desacompanhado de modificação positiva e directa na legislação administrativa e judiciaria.

Seria necessario tomar uma por uma todas as leis administrativas, para procurar em cada uma dellas as disposições que conferem direitos aos cidadãos e declarar qual a jurisdicção competente para delles tomar conhecimento ».

Dizia Odilon Barrot na Camara dos Deputados de França sessão de 27 de fevereiro de 1845:

*« Avez vous la prétention de déterminer par votre disposition de loi, ce qui s'appelle contentieux dans notre législation ? »*

A difficuldade de discriminar a materia contenciosa administrativa da que não o é, foi reconhecida no parlamento brasileiro, como se vê dos discursos proferidos pelo senador Bernardo Pereira de Vasconcellos no anno de 1841. (Uruguay — Ensaio sobre o Direito Administrativo, pags. 109, 112 e 140 — nota).

A declaração vaga e abstracta, de que fica abolido o contencioso administrativo, póde significar, apenas, uma promessa constitucional de reorganização administrativa sem este, pela promulgação de leis relativas a todos os ramos de serviço publico.

Preferimos dar essa interpretação platónica ao citado art. 4.º da Const. Estadual, a manifestar qualquer outro conceito menos digno do patriotico congresso constituinte mineiro, do qual tivemos a honra de fazer parte.

Qual o contencioso que o art. 4.º aboliu sem collidir com a disposição do art. 109 da mesma constituição estadual, que manda crear o Tribunal de Contas, esse tribunal de natureza administrativa contenciosa, que, na Italia caracteriza um resto da instituição ou uma excepção ao principio da unidade de jurisdicção depois da lei de 1865, conforme os proprios adversarios da dualidade de jurisdicção? (Mencci—Instituzioni de Diritto Amministrativo, pag. 68).

O dr. Villaboim, resumindo as opiniões dos escriptores, apresenta quatro conceitos differentes sobre o contencioso

administrativo, e que por brevidade deixamos de transcrever aqui.

Um quinto conceito póde, a nosso vêr, explicar a existencia do contencioso mesmo nos Estados Unidos e na Inglaterra, onde é elle negado geralmente pelos escriptores : — o conceito de um contencioso *sui generis*, em que a administração julga e o judiciario póde intervir, não para revogar ou confirmar o julgamento, mas para corrigir, moderar, ou supprimir os effeitos desse julgamento, quando contrarios á Constituição e ás leis.

Quando não tivessemos o Tribunal de Contas, a Directoria do Contencioso do Thesouro, os conselhos de fazenda, de guerra, o Supremo Tribunal Militar, as Alfandegas e Delegacias e outros elementos do contencioso administrativo francez, poderíamos justificar a existencia de um *sui generis*, de accordo com a nossa organização administrativa e judiciaria; porque a instrucção, a discussão e a decisão ou julgamento, administrativos, que no Imperio o constituíam, hoje ainda existem com a differença, porém, de que o poder judiciario federal, com a sua função de poder moderador antes que de poder judicante, póde intervir, mediante provocação de quem tenha soffrido uma lesão de direito por alguma decisão ou julgamento administrativo contrario á Constituição e ás leis, para restabelecer a ordem juridica perturbada com essa lesão, para o que declara nullo o effeito do acto lesivo, continuando este, porém, em sua integridade.

Na propria Inglaterra, como nos Estados Unidos, póde o contencioso assim considerado apparecer no mechanismo especial de tribunaes mixtos destinados á manter a independencia e a harmonia da administração e do poder judiciario, conciliando dest'arte as idéas oppostas do *trop* e do *pas de contentieux*.

A questão do contencioso se reduz, pois, á questão da noção que delle se tem, para evitar-se o inconveniente da logomachia nas discussões respectivas.

Aqui deixamos, de passagem, consignada a difficuldade de conciliar a doutrina dos publicistas da abolição do contencioso administrativo na Italia, com a existencia do Conselho de Estado, do Tribunal de Contas, da Junta Provincial, da instituição do conflicto de attribuições, que presuppõe a coexistencia da justiça administrativa e civil; ou digamos francamente, deixamos consignada a nossa convicção da existencia do contencioso na Italia, não obstante a lei de 1865 e a opinião contraria dos escriptores (Legge 2 giugno 1889, art. 24; — Meucci, citado, pags. 95 a 110 e 114, nota 2).

### Concluindo.

A divisão dos poderes conduz ao contencioso administrativo, como ficou provado e por isso é falha a doutrina *ex adversa*, que nella se funda para combatel-o.

O art. 60 da Constituição Federal não é igualmente contrario ao contencioso administrativo: — a sua disposição importa na discriminação das jurisdições civis da União e dos Estados e, de nenhum modo, é contraria á jurisdição administrativa e ás *questões* que lhe são proprias, pois que nenhuma referencia a tal respeito nella se encontra.

A intervenção do judiciario na ordem administrativa dá-se excepcionalmente e só nos casos em que elle póde intervir no dominio legislativo: — quando no exercicio da função moderadora e de mantenedora das garantias dos direitos proclamados na Constituição, elle intervem para firmar a independencia, harmonia de poderes e a realização dessas garantias: — jamais intervem para absorver outro poder ou tirar-lhe a independencia.

A existencia do processo, decisões e recursos administrativos, em que pese á notoria auctoridade do dr. Amaro Cavalcanti, constituem o contencioso administrativo, porque mesmo no caso da intervenção do poder judiciario, no caracter que acima fica descripto, o dominio administrativo é mantido, não podendo ser applicado o art. 13 da lei n. 221 por inconstitucional, como bem o demonstrou na Camara dos Deputados o distincto parlamentar dr. Gastão da Cunha, com cujas idéas concordou o proprio dr. Viveiros de Castro—(Tratado de Sciencia da Adm. e Dto. Adm., pag. 507 e seguintes).

Não obstante o Tribunal de Contas ser tribunal de justiça, o é de justiça administrativa e, portanto, basta a sua criação nas Constituições da União e do Estado para não se poder considerar abolido o contencioso administrativo, nem na organização administrativa laquella nem na deste.

Não procede a concessão que no apuro de reconhecer a instituição combatida, fazem os auctores citados, de que o contencioso desse Tribunal será uma excepção que confirma a regra; porque, dizemos nós, cahindo sob a jurisdição desse tribunal todas as questões referentes á receita e á despesa publica, o dominio dessa jurisdição é vastissimo e invade todos os departamentos administrativos, como se vê dos arts. 59 a 71 do Dec. n. 2.409 de 23 de dezembro de 1896, que deu regulamento ao Dec. n. 392 de 8 de outubro de 1896, que reorganizou o Tribunal de Contas, instituido no art. 89 da Constituição Federal.

Por serem muito longas essas disposições regulamentares deixamos de transcrevel-as.

Mas, não é só o Tribunal de Contas que julga administrativamente, sem o contraste do poder judiciario, ou com esse contraste no caso apenas de exercer este a sua função de poder moderador, como já deixamos explicado.

Além do Tribunal de Contas, que constitue o primeiro baluarte do contencioso administrativo, ha entre nós os conselhos de fazenda, de guerra, da instrucção publica, as inspectorias de alfandegas, as delegacias fiscaes, a directoria do contencioso do Thesouro, as congregações de ensino superior e os ministerios e (porque não ?) o Supremo Tribunal Militar etc.

Este tribunal, embora exerça funcção de justiça penal especial, nem por isso é considerado parte integrante do poder judiciario federal, como o senado tão pouco o é quando funciona em julgamento dos crimes especiaes relativos ao presidente da Republica e demais funcionarios federaes.

Isso prova que a funcção de julgar em materia contenciosa não é privilegio do poder judiciario e, portanto, não é extranhavel que nas desapropriações por necessidade, ou utilidade publica, nas prisões administrativas dos exactores da fazenda publica em que o proprio *habeas corpus* não é concedido, e em outros casos semelhantes, exerça a administração uma verdadeira judicatura.

Dissemos que o Supremo Tribunal Militar não faz parte do poder judiciario, porque a Constituição, o Dec. n. 848, a lei n. 221 e o Dec. n. 3.084, referentes á instituição e organização da justiça federal, não o mencionam entre os tribunaes que a constituem e antes, positivamente, o excluem com a indicação de que na capital federal só funciona, como tribunal de justiça federal, o Supremo Tribunal de Justiça.

Das cinco noções do contencioso, a que alludimos, é a ultima elementar a qualquer organização politica, por ser a funcção de julgar considerada complementar da acção administrativa, nas organizações modernas dos poderes publicos, pelo que na propria Inglaterra, como nos Estados Unidos, elle se póde reconhecer.

Entre nós, porém, existe elle com o character mais accentuado, embora já bem distanciado daquelle que o Imperio transplantou da França.

Finalmente chegamos a conclusão opposta á que chegaram os drs. Villaboim, Amaro Cavalcanti, Viveiros de Castro e outrose, com o devido acatamento á sua auctoridade incontestada, aqui deixamos, com a maxima franqueza, a nossa humilde opinião nos seguintes termos: — Existe, ainda, na União como no Estado de Minas o contencioso administrativo.

Bernardino de Lima.