

CONGRESSO JURIDICO AMERICANO

DIREITO PUBLICO

IV — Ha actos de administração ou do Governo que escapem á apreciação do Poder Judiciario ?

No caso affirmativo, qual o principio que deve servir de criterio ?

A Constituição de 24 de fevereiro de 1891, no art. 15, reconhece, a exemplo de outras Constituições, a necessidade da triplice divisão dos poderes politicos, o legislativo, o executivo e o judiciario, estabelecendo, ao mesmo tempo, que elles são orgãos da soberania nacional, harmonicos e independentes entre si.

Não haveria realmente ordem e liberdade, si não existisse completa separação de poderes, sem invasões, nem usurpações, movendo-se cada um dentro de sua orbita propria, de seus verdadeiros e legitimos limites.

A sua confusão seria a desordem, a tyrannia.

A Constituição de 25 de março de 1825, no art. 9º, já considerava a divisão e harmonia dos poderes politicos como o principio conservador dos direitos do cidadão e o mais seguro meio de fazer effectivas as garantias constitucionaes.

São harmonicos, porque se auxiliam mutuamente, trabalham para o mesmo fim — o interesse geral ; são independentes, porque agem por si dentro de sua esphera propria, sem dependencia, nem subordinação a outro poder.

Não ha, do mesmo modo, liberdade, diz Montesquieu, *Esprit des Lois* — XI, 6, si o poder de julgar não está separado do poder legislativo e do executivo. Si o poder judiciario estivesse unido ao poder legislativo, o poder sobre a vida e liberdade dos cidadãos seria arbitrario ; porque o juiz seria legislador. Si estivesse unido ao poder executivo, o juiz seria um oppressor.

A missão do poder legislativo é converter em lei o pensamento, a vontade, as necessidades sociaes ; a do executivo fazer effectiva a lei ; a do judiciario applicar as normas geraes do direito aos casos concretos.

Este, porém, como guarda da Constituição e das leis, estranho aos negocios e questões politicas, com a faculdade de conhecer de actos do Governo, que forem inconciliaveis com a Constituição e as leis, não deixa de exercer, no nosso regimen, como no americano, uma certa superioridade sobre o legislativo e executivo, servindo de moderador entre os dous.

Tocqueville, fallando do Supremo Tribunal dos Estados Unidos da America, não encobre esta verdade, quando diz : « E' para elle que appella o poder executivo, afim de resistir ás invasões do poder legislativo ; o legislativo para defender-se das usurpações do poder executivo ; a União para fazer-se obedecer pelos Estados ; os Estados para repellirem as pretensões exaggeradas da União ; o interesse publico contra o interesse privado ; o principio conservador contra a instabilidade democratica. »

O executivo se subdivide em dous ramos, poder de gestão, *jure gestionis* e poder politico, *jure imperii*.

O poder executivo, diz Berteti no § X do Contenzioso Amministrativo na Italia, é politico ou administrativo.

Os actos politicos do governo, no sentido restricto, escapam á acção da justiça ; os actos de gestão estão sujeitos á intervenção do poder judiciario quando offendem direitos.

Marshall, o notavel mestre de direito constitucional, trazido pelo eminente Ruy Barbosa nos actos inconstitucionaes do Congresso e do Executivo, sentenciando no processo Marbury v. Madison, explica quaes os actos ou as materias por sua natureza restrictamente politicas.

Diz elle: « Pela Constituição dos Estados Unidos, o presidente é investido em certos poderes politicos importantes, no exercicio dos quaes tem de usar de sua propria discreção, ficando responsavel exclusivamente para com seu paiz, no caracter politico, e para com sua consciencia. Em taes casos... a materia é politica, *porque respeita á nação e não aos direitos individuaes* (they respect the nation, not individual rights) ; e, sendo confiados ao executivo, a deliberação deste é terminante. »

« Mas, (aqui se accentua a limitação) quando a legislatura impõe a esse funcionario outros deveres ; quando se lhe commette a execução de certos actos ; quando da realisação destes pendem direitos individuaes, já o funcionario nesta parte é agente da lei, responde perante as leis por seu procedimento, e não póde ao seu arbitrio dispôr de direitos adquiridos.

« Onde, portanto, os chefes de administração são instrumentos politicos e confidenciaes do poder executivo, instituidos apenas para cumprir as vontades do presidente, ou antes, para servir em assumptos, *nos quaes o poder executivo exerça discreção legal ou constitucional* (in cases in which the executive posses a constitutional or

legal discretion), perfeitamente obvio é que seus actos não são examináveis senão politicamente.

« Mas, onde a lei estatue especificadamente um dever, e *ha direitos individuaes*, dependentes da observancia deste, igualmente manifesto é que qualquer individuo, que se considere aggravado, tem o direito de recorrer, em procura de remedio, ás leis do paiz.» E, afinal, resumindo o seu pensamento numa fórmula magistral:

« *A esphera do tribunal é unicamente decidir acerca dos direitos individuaes*, não investigar de que modo o executivo (ou seus funcionarios) se desempenha de encargos *commettidos á sua discreção.*»

« No caso *Marbury v. Madison* dizia ha tres annos, na celebração do centenario da Suprema Côrte Federal, um dos órgãos mais illustres do fóro americano (*Hampton Carson's Supreme Court II*, pag. 634), « este tribunal definiu com extraordinaria força e lucidez as balizas da autoridade respectivamente distribuida aos tres ramos do Governo.

Então, se demonstrou que todo acto legislativo, repugnante á Constituição, deve ser desprezado pelos tribunaes como nullo; que os funcionarios administrativos podem ser compellidos pelo poder judiciario a cumprir os deveres, que lhes forem explicitamente impostos e *não envolverem faculdade discrecionaria* (and not involving official discretion); porquanto, disse o tribunal, o Governo dos Estados Unidos é um governo de leis, não de arbitrio pessoal (*a government of laws and not of men*), e a alçada judicial limita-se a decidir sobre direitos individuaes, não lhe competindo liquidar questões de seu natural politicas, intromettendo-se em assumptos encarregados pela Constituição, ou pelas leis, á discreção (*to the discretion*) de outro poder.»

Noutro logar, *Hitchcock* doutrina que as questões que « não tocam á provincia da Justiça, são as *puramente politicas*, isto é, as que disposições da Constituição, ou de leis, confiam á *discreção administrativa* ou legislativa ».

« *Carlier*, na sua obra *La Republ. Americaine*, diz: « Uns (poderes pela Constituição conferidos) são de ordem politica; a saber, *tem o character discrecionario*.

Os demais (e é o maior numero) interessam a vida civil, e devem ser encarados, abstrahindo-se da autoridade que os exerce.»

« Varios são os exemplos que o autor adduz, para esclarecer estas distincções, « geralmente acceitas.»

Poderíamos, diz *Ruy Barbosa*, na citada obra, com o publicista francez, multiplicar a exemplificação dos poderes de ordem *politica* e *discrecionaria*, que não admittem *syndicancia judicial*.

Em resumo, os actos do executivo de natureza *puramente politica* escapam á interferencia do poder judiciario,

mas, os actos políticos que attingem ou ferem direitos individuaes não escapam ao exame judicial.

Na esphera da administração, é preciso verificar, si a acção do Executivo lesa um direito ou fere um interesse.

Em direito administrativo é elementar a distincção entre actos graciosos e contenciosos. A administração é graciosa quando os seus actos são fundados no interesse geral, sómente podem ferir ou ferem o *interesse particular*, dada a collisão entre esses dous interesses. É contencioso quando fere direitos. A administração, attributo e instrumento essencial do Poder Executivo, procede *discrecionariamente* e com arbitrio, o que não quer dizer que o seu poder é absoluto, porque tem por limites a lei e o direito. Toma, dentro do circulo de suas attribuições e na conformidade das leis, as medidas que julga convenientes ao interesse geral da sociedade.

Ninguém o póde atacar ou discutir, quer perante os tribunaes, quer perante os tribunaes administrativos. Em materia de interesses e no caso de collisão entre o dos particulares e o da sociedade, não póde deixar de haver na administração *certo poder discrecionario*, para resolver. O Governo por exemplo, é obrigado a mandar fazer por empreitada uma obra publica ou a conceder minas para explorações, com taes e taes condições. São pretendentes Pedro, João e Antonio, que satisfazem as condições da lei. A administração prefere Pedro. — Fere os interesses de João e Antonio, mas não os seus direitos. Nem a lei podia prever o caso e determinar que, apresentando-se tres, a concessão fosse feita a João. Si fosse possivel fazel-o e o fizesse, o Poder Legislativo invadiria o Administrativo e administraria.

Estes principios concisamente expostos por Uruguay, Tom. I, Cap. III, tem sido geralmente acceptos.

Como Uruguay pensam todos os escriptores que tratam da materia.

Georgi, um dos mais notaveis, na sua obra — *La Dottrina delle persone giuridiche o corpi morali*, n. 176, 1º vol. — analysando a lei de 20 de março de 1865, que, com a de 31 de março de 1877 e 31 de março de 1889, constitue todo o systema legislativo vigente sobre — Justiça administrativa contenciosa da Italia, assim se exprime, em resumo :

A Justiça na administração converteu-se de prerogativa da administração em prerogativa do direito privado contra os abusos da administração. O intuito da lei (de 20 de março de 1865) foi confiar ao poder judiciario a tutela dos direitos privados em conflicto com a acção governativa corrigindo os abusos da administração. A referida lei aboliu o fóro administrativo excepto nas questões de exclusiva competencia do tribunal de contas e do Conselho de Estado, submettendo á jurisdicção ordinaria todas as causas de direito

privado em contraste com a administração publica e obrigando esta a conformar-se com a decisão dos tribunaes communs que consigne a censura do seu acto.

Por outro lado, porém, a mesma lei facultou á administração agir livremente em todos os casos em que estejam em jogo simples interesses e não direitos e restabelecer o direito pelo tribunal reconhecido lesado, sendo vedada ao poder judiciario a revogação do acto administrativo. Em summa, o intuito dessa lei foi firmar a distincção entre *direito e interesse* privado, estabelecendo ao mesmo tempo a differença entre acto declaratorio e a *execução* de poder julgador.

Podem ainda ser consultados com proveito sobre a materia Chambran, « Le Pouvoir Executif aux Etats Unis », discurso do Senador Campos Salles publicado no *Diario do Congresso* de 17 de outubro de 1891. A exemplo da legislação italiana, ainda perduram entre nós alguns vestigios do contencioso administrativo em relação ás questões affectas ao Tribunal de Contas e ao Conselho de Fazenda, sendo certo, aliás, que estas ultimas, á excepção das que pertencem ao Tribunal de Contas, podem ser levadas ou julgadas pelo poder judiciario federal.

As contestações das partes prejudicadas pelos actos da administração publica geram acções que se debatem no terreno do contencioso administrativo e são julgadas pelo poder judiciario.

Este se limitava, outr'ora, tão sómente á applicação das leis nas multiplas relações do direito privado, do contencioso judiciario, que rege as relações de ordem privada, mas, agora a sua competencia se estende tambem ás questões que se suscitam entre os cidadãos e o Governo, ao contencioso administrativo que rege as relações de ordem publica.

Das autoridades administrativas passou para as judiciarias, pela implantação do novo regimen politico, o contencioso administrativo.

A lei n. 221, de 20 de novembro de 1894, que se inspirou na legislação italiana, sobre o contencioso administrativo, dispõe no preambulo do art. 13 que os juizes e tribunaes federaes processarão e julgarão as causas que se fundarem na lesão de direitos individuaes por actos ou decisão das autoridades administrativas da União, competindo-lhes, segundo o § 9º, annullar aquelles actos, no todo ou em parte, para o fim de assegurar o direito do autor, si verificar, mediante o respectivo processo, que elles são illegaes, e de conformidade com o § 10 do mesmo artigo, apreciar a validade das leis e regulamentos e deixar de applicar aos casos occurrentes as leis manifestamente inconstitucionaes e os regulamentos manifestamente incompativeis com as leis ou com a Constituição.

Ainda é do citado artigo a seguinte disposição: « A medida administrativa tomada em virtude de uma faculdade ou poder discrecionário, sómente será banida por illegal em razão de incompetencia da autoridade respectiva ou do excesso de poder.»

A lei n. 221 de 1894, a exemplo da italiana, não permite tambem que o judiciario nas suas sentenças transponha a esphera traçada do poder executivo em relação aos actos praticados no exercicio de suas funcções, obrigando-o a revogar ou desfazer o proprio acto.

Ao judiciario apenas compete, nas soluções dos litigios entre os individuos e a administração, declarar inconstitucional ou illegal o acto desta em confronto com a constituição e as leis, condemnando o Governo ou a Fazenda Nacional a reparar a lesão pecuniariamente, abstenendo-se de apreciar o merecimento do acto administrativo, sob o ponto de vista de sua conveniencia ou oportunidade.

Quando a administração contracta com um individuo se nivela aos particulares, determinando tambem a ingerencia do poder judicial no caso de duvidas ou questões que por ventura se suscitem na execução dos contractos.

Fazendo applicação dos principios expostos, não é difficil, fixando a natureza do acto, precisar quaes os actos do Governo que escapam ou não á apreciação do poder judiciario e qual o criterio que deve servir de base para distinguil-os.

Este trabalho não aspira a honra de ser considerado uma monographia ou dissertação, mas uma simples e desprezenciosa exposição de normas ou regras para facilitar a solução de um ponto do questionario do Congresso Juridico.

Districto Federal, 30 de abril de 1900.

Godofredo Xavier da Cunha.
