

# O CONSELHO DE ESTADO DE NAPOLEÃO BONAPARTE E A GÊNESE HISTÓRICA DO “ATO DE GOVERNO”

Alexandre Pereira Hubert<sup>1</sup>

**RESUMO:** Este trabalho busca trabalhar, através da contextualização histórica, a gênese da categoria jurídica do “Ato de Governo/Político”. Tal ato, por sua definição, escaparia ao controle jurisdicional bem como consistiria numa expressão máxima da vontade do soberano, seja ele Povo ou Autocrata. Traz-se, assim, a fundação do *Conseil d'Etat* francês, sua organização por Napoleão Bonaparte, bem como o papel que lhe coube após a primeira restauração borbônica. Elenca-se, por fim, a presença da categoria de ato aqui trabalhada nas Constituições Brasileiras de 1934 e 1937.

**PALAVRAS-CHAVE:** Ato de Governo; Ato Político; Controle Jurisdicional da Administração Pública; História do Direito Administrativo.

## 1. INTRODUÇÃO

No presente artigo, buscaremos trabalhar o contexto jurídico-político do surgimento do chamado “Ato de Governo”. Tal espécie de ato administrativo, em síntese, consiste em uma categoria de ato que – por sua natureza ou fim, conforme será visto na distinção entre as teorias que o reclamam como presente – não seria sindicável ante o Poder Judiciário.

Desta feita, expliquemos a organização do artigo.

Em uma primeira ocasião, serão revisitadas algumas teorias que iniciam a efetiva diferenciação entre a pessoa do soberano e seus atos públicos, vez que entendemos estar nestas em seu devido ponto histórico, bem como com suas limitações e interesses, uma incipiente forma de controle da Administração Pública.

Após, mediante uma apresentação da Revolução Francesa e de suas primeiras medidas no sentido de organização judiciária – bem como do contexto existente para uma apreciação da figura dos juízes nesta conjuntura histórica – traremos à baila a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão como documento concretizante de um ideário de controle da Administração, sem que, como vejamos, tenha recaído isto no controle judicial.

Num terceiro momento, com a Primeira Restauração Bourbonica, veremos a auto-limitação do órgão “Conselho de Estado”, bem como o caso “*arret Laffitte*” que

---

<sup>1</sup> Acadêmico de graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina, cursando o nono semestre. Correio eletrônico: [alexandrepererahubert@gmail.com](mailto:alexandrepererahubert@gmail.com).

será visto como o marco histórico jurisprudencial da gênese do “Ato de Governo”.

Traremos, então, em apertada síntese, para fins de ilustração, as Constituições brasileiras de 1934 e 1937, e a inserção primeira e única da categoria de atos aqui trabalhadas no ordenamento nacional.

Por fim, breve e finalísticas considerações sobre a função histórica de se resguardar determinada classe de atos administrativos ao controle jurisdicional, bem como considerações a respeito de estágios históricos que propiciam seu surgimento.

## **2. BOSQUEJOS DE CONTROLE DA ADMINISTRAÇÃO**

Primeiramente, interessante situarmos os primórdios dos instrumentos de controle da administração pública. O princípio do controle da administração esboça-se, com efeito, conforme nos trazem ainda os mestres, com teorias como o FISCO e a TEORIA DA COROA, que consistem em inícios de uma diferenciação entre a parte pessoal, o humano rei, e o que consistiria no mesmo “com uma coroa vestida” – o governante.

Distingue-se, assim, o patrimônio condizente ao da pessoa do monarca daquele próprio da instituição da monarquia, um início de diferenciação entre o público e o privado. Um esboço de controle da administração, ligado principalmente a seu viés de conservação econômica. Através de tal, conserva-se a propriedade do reino – suas demarcações, tesouros, força militar – do próprio arbítrio do monarca, defendendo-se, assim, a preservação da herança, bem como a transferência posterior dos recursos aos demais membros da nobreza.

Tal controle, neste tempo histórico na França, era exercido pelos chamados “Parlamentos Judiciais”, os quais eram em número de cinco. Conforme veremos mais adiante, tais Parlamentos constituíram-se, em uma conjuntura na qual buscava o soberano uma reforma de estrutura ainda durante o *Áncien Regime*, em trincheiras de oposição às medidas re-estruturantes com as quais anseia o rei responder aos reclames populares; mais notadamente, opunha-se quando se objetivava mudanças que pudessem alterar a hierarquia social presente, ou a redução das desigualdades de participação na gerência do Estado francês, sendo isto, como será visto, então identificado como uma tendência conservadora da Potência Judiciária.

Além da própria questão da nobreza como detentora do então exercício da judicatura, interessante trazer a configuração histórica de descontentamento nas questões cotidianas relativas a tais instituições.

Segundo Antônio Manuel Hespanha, nos séculos próximos à derrocada do Antigo Regime a vida forense conhecia uma grande “desorganização e insegurança”, de modo que estava presente, maculando a imagem dos órgãos judiciários, uma rejeição à prestação jurisdicional causada, nas palavras do mestre português:

Primeiro, pelo excesso de dissensões doutrinárias favorecidas pelo proliferar de opiniões; depois, pela complexidade e morosidade dos trâmites processuais. Por fim, pela complicada organização dos tribunais – inerente à pluralidade jurisdicional do Antigo Regime –, que dava origem a intermináveis conflitos de competência<sup>2</sup>.

Deste modo, a própria representação popular do poder judiciário – ainda que sejam desconsideradas questões que envolvam posicionamentos políticos opostos ao regime nobiliárquico – não parece inspirar maior confiança dos “súditos”, restando clássico ainda, pelas mesmas razões expostas, o teorema de que a subsequente revolução trazida a cabo na França, consistia-se, em fato, numa “revolução contra os juizes”. Este descontentamento pode, talvez como acessório, nos auxiliar na compreensão do contexto histórico em que se operou a teoria de limitação do poder dos juizes que aqui se busca estudar.

### **3. A REVOLUÇÃO FRANCESA E SUAS PRIMEIRAS MEDIDAS DE ORGANIZAÇÃO JUDICIÁRIA**

Ainda que nos sejam trazidos mecanismos de controle do soberano e de seus atos públicos em momentos anteriores à Revolução Francesa e ao próprio iluminismo, como movimento filosófico, não se pode deixar de identificar nos mesmos o motor ideológico e a atitude concretizante de um controle da Administração Pública. Destarte, podemos trazer como resultante da revolução citada e de seu ideário a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, citando assim, para

---

<sup>2</sup> HESPANHA, Antônio Manuel. *Síntese Jurídica Européia: Síntese de um Milênio*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2005, p. 332-3.

situarmos o tema, seu artigo 15, no qual se lê: “A sociedade tem o direito de pedir conta a todo agente público de sua administração”.

Destaque-se, no entanto, que “pedir conta” não está ligado, por questões que haveremos de tentar elucidar, ao recorrer a uma potência independente, como poderia – e mais tarde de fato se configurou – se apresentar o controle jurisdicional da administração. Ou, talvez, o direito de controle a que se refere a Declaração, embora não o diga seu texto e não nos parece ser seu objetivo, deverá, em fato, ser assegurado com uma limitação quanto à natureza do ato impugnado.

De fato, no sentido contrário de um Controle Jurisdicional, ao movimento revolucionário apresentou-se como necessidade a restrição aos poderes dos juízes por ocasião do seguinte fato histórico, conforme temos em Paulo Magalhães da Costa Coelho:

Ocorre que na última fase do *Ancien Regime*, os parlamentos, que exerciam funções típicas de tribunais, transformaram-se no último reduto dos nobres, os quais fizeram dessa instituição uma fortaleza de oposição às grandes reformas de estrutura que tenta empreender o rei, notadamente quando se objetivam transformações da estrutura social.

Os revolucionários que vivenciaram essa experiência têm noção do risco que essa questão representava para os ideários da Revolução e, agora, como detentores do poder político relutam em aceitar que os juízes, identificados historicamente com as classes conservadoras, venham a se opor ou controlar suas próprias decisões<sup>3</sup>.

E é por tal que apresentamos às medidas adotadas em subsequência à Declaração, no tocante a reorganização do Poder Judiciário. Vislumbrando sua necessidade e conveniência política:

A restrição do poder dos juízes foi levada a cabo no período revolucionário. Foram, então tomadas várias medidas nesse sentido: introdução do júri nos julgamentos penais, (medida de reação contra a “artificial reason” [Coke] dos juristas); obrigatoriedade de motivar a sentença (lei de 16/24 de Agosto de 1790); criação do Tribunal de Cassação, para verificar a “legalidade” das decisões judiciais (lei de 27 de novembro/1 de dezembro de 1790); instituição do sistema do *référé législatif*, pelo qual os tribunais eram obrigados a enviar à Assembleia legislativa as questões jurídicas de duvidosa interpretação (lei citada e Constituições de 1791 e do ano II)<sup>4</sup>.

---

3 COELHO, Paulo Magalhães da Costa. *Controle Jurisdicional da Administração pública*. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 41.

4 HESPANHA, António Manuel. *op. cit.*, p. 334.

Importante destacarmos, ainda, o fato de a lei nos trazida por HESPANHA como determinante da obrigação de motivar a sentença, asseverar também, em seu artigo 13, e eis um ponto chave para nosso artigo, que “as funções judiciárias são distintas e ficarão separadas das funções administrativas. Os juízes não poderão, sob pena de prevaricação, perturbar por qualquer forma, as operações dos corpos administrativos”<sup>5</sup>.

Outro ponto nos trazido pelo professor português que devemos sublinhar é o chamado *référé législatif*, sistema iniciado pela citada Constituição de 1791, através do qual os revolucionários:

Subtraíram dos juízes o poder de interpretar as leis, atribuindo-se ao Parlamento mediante *référé législatif*. Dessa forma, ficaram os juízes e tribunais judiciais impedidos de aplicar, no caso concreto, entendimento diferente do que expressavam as leis tal como as entendia o Poder Legislativo. Era a consagração do juiz “mecânico” preconizado por Montesquieu; um juiz cuja única função se resumiria na aplicação direta e sem matizações do texto preciso e concreto da lei<sup>6</sup>

#### 4. O CONSELHO DE ESTADO NAPOLEÔNICO

Foi no período Napoleônico, entretanto, que para o controle próprio dos atos da administração criou-se o chamado *Conseil d'Etat*. Tal conselho de Estado fora traçado pelo art. 52 da Constituição de 1799, preceito que estabelecia estar o mesmo sob a direção do Cônsul e “responsável por redigir os projetos de lei e os regulamentos da administração pública e solucionar as dificuldades que advenham em matéria administrativa”<sup>7</sup>.

O Conselho de Estado, ainda que sob a direção do cônsul, conforme nos traz Roberto Ríos Elizondo – professor de Direito Administrativo na Faculdade de Direito da Universidade Autônoma do México:

Significou um passo adiante e firme do sistema instaurado pelas duas

---

5 COELHO, Paulo Magalhães da Costa. *Op. cit.*, p. 41-2.

6 CERQUEIRA, Marcello. *Controle do Judiciário: doutrina e controvérsia*. Rio de Janeiro: Revan, 1995, p. 83.

7 Livre tradução de “*Conseil d'Etat est chargé de rediger les projets de lois et les règlements d'administration publique et résoudre les difficultés qui s'élèvent en matière administrative*”.

primeiras constituições expedidas pelos governos revolucionários nos anos de 1791 e 1795 (ano IV), em virtude do qual o exame de legitimidade dos atos da administração pública passou a ser competência de esta mesma, substituindo, em consequência, ao Conselho executivo da Convenção e aos membros do Diretório no conhecimento e resolução das controvérsias nas quais a administração era parte interessada<sup>8</sup>

A criação de tal Conselho, ainda segundo o professor mexicano, foi inspirada no *Conseil du Roi* do Antigo Regime e, levanta esta hipótese o Autor, talvez tenha tido ainda como inspiração uma sequência de tentativas do rei Luis XVI de mediatização judicial de seus poderes, intento que – conforme o que já vimos – foi sistematicamente detido pelos Parlamentos judiciais que constituíam o último reduto do estamento nobiliárquico<sup>9</sup>.

O Conselho de Estado, segundo nos traz José de Albuquerque Rocha, condiz com a estrutura napoleônica da organização do Poder Judiciário, na medida em que foi:

Concebido para fazer face à conjuntura de crise política da facção dominante da burguesia liderada por Robespierre. Daí sua configuração hierárquica, permitindo seu controle por uma cúpula da confiança do Poder Executivo.<sup>10</sup>

Tal criação, em certa medida e conforme nos apresentam o autores, representou um avanço, posto que configurava-se em instrumento hábil para o questionamento de Atos da Administração. Ainda que não esteja nele identificado o “sistema de freios e contra-pesos” que hoje tomamos como modelo de controle dos Poderes, reconhece-se nele a semente do atual sistema contencioso-administrativo francês, bem como, mesmo em tal momento, outorgou-se-lhe certa independência.

## 5. A PRIMEIRA RESTAURAÇÃO BOURBÔNICA E A GÊNESE DO “ATO DE GOVERNO”

Durante a "primeira restauração borbônica", de 1815, viu-se o Conselho de

---

8 ELIZONDO, Roberto Ríos. *El Acto de Gobierno: El Poder y el Derecho Administrativo*. Ed. Porrúa: México, 1975, p. 389. Livre tradução de: “Esto significó un paso adelante y firme del sistema instaurado por las dos primeras Constituciones expedidas por los gobiernos revolucionarios en los años de 1791 a 1795 (año IV), en virtud del cual el examen de legitimidad de los actos de la administración pública pasó a ser competencia de esta misma, sustituyendo, en consecuencia, al Consejo ejecutivo de la Convención y a los miembros del Directorio en el conocimiento y resolución de las controversias en las que la administración era parte interesada”.

9 ELIZONDO, Roberto Ríos. *Op. cit.*, 389-90.

10 ROCHA, José de Albuquerque. *Estudos sobre Poder Judiciário* São Paulo: Malheiros, 1995, p. 37-38.

Estado ante uma investida de liberais e conservadores; enquanto os primeiros alcunhavam parciais e autoritárias suas atividades, os segundos o acusavam de haver-se prestado a todos os tipos de injustiças em prejuízo das classes nobres e eclesiásticas, pois havia apoiado todos os atos de confiscação de seus bens no tempo do império napoleônico.

A postura adotada, ante a perspectiva histórica apresentada ao Conselho, pelos magistrados, foi a de acomodação e auto-limitação com fins de, segundo Paul Duez, "parecer modesto pra subsistir e durar". Afirma o Autor francês:

O conselho de estado limita espontaneamente sua significação. De um lado, restringe consideravelmente, em benefício dos tribunais ordinários, as consequências do princípio da separação das autoridades administrativas e judiciais; de outro, formula a noção de "ato de governo"<sup>11</sup>.

Segundo a noção criada em tal, distinguir-se-ia o ato de governo do ato ordinário da administração, em tal momento histórico, através da "Teoria teleológica ou finalística". Assim, segundo Dufour em texto de 1856:

O que faz o *ato de governo* é o fim a que se propõe o editor da medida. O ato que tem por fim defender a sociedade, considerada em si mesma, ou personificada no Governo, contra inimigos internos ou externos, declarados ou ocultos, presentes ou futuros – eis o ato de governo<sup>12</sup>

Ainda, segundo nos traz José Cretella Júnior – professor de Direito Administrativo da Faculdade de Direito de São Paulo:

Também denominada de teoria do *móvel político*, esta posição consagra de maneira particularmente perigosa a idéia de *razão de Estado*, possibilitando, quando aceita, a vitória do *arbitrio governamental*, sob a capa de interesse, bastando para isso entender indefinidamente o campo dos mencionados atos<sup>13</sup>.

---

11 DUEZ, Paul. *Les actes de gouvernement*. Apud. ELIZONDO, Roberto Ríos. *Op. Cit.* p. 392. Tradução livre de: "El consejo de Estado limita espontáneamente su signicación. De un lado, restringe considerablemente, em beneficio de los Tribunales ordinarios, las consecuencias del principio de separación de las autoridades administrativas y judiciales; de otro, formula la noción de acto de gobierno. Doble restricción a sua competencia inspirada por la sola preocupación política de aparecer modesto para subsistir y durar".

12 DUFOUR, *Traité de droit administratif appliqué*, 1856, vol. V, p. 128. Apud CRETELLA JÚNIOR, José. *Controle Jurisdicional do Ato Administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 1992, p. 164.

13 CRETELLA JÚNIOR, José. *Op. cit.*, p. 164.

Jurisprudencialmente, podemos identificar a aplicação da leitura deste tipo de ato na sentença ditada pelo Conselho de Estado francês ante o caso “*arret Laffitte*”. A lei de 12 de janeiro de 1816 dispôs que seriam confiscados todos os bens ou pensões estatais que estivessem em nome da família Bonaparte. Ocorre, então, que o banqueiro Laffitte havia adquirido de forma onerosa os direitos sobre uma renda de 670,00 francos concedida à irmã de Napoleão, Paulina Borghese. Não conforme com isto, impugnou no Conselho de Estado a negativa do ministro das Finanças de pagar as rendas vencidas com anterioridade à lei. O Conselho, no entanto, evitou receber o recurso, alegando que: “A reclamação do senhor Laffitte é uma questão política aonde a decisão pertence exclusivamente ao governo”<sup>14</sup>.

Assim, em tal sação histórica, floresce elaborada pela jurisprudência – de um poder Judiciário acuado pelo Executivo – uma teoria de atos administrativos insindicáveis, sendo que, para a configuração de um ato como o referido, bastava que estivesse apresentada, como razão determinante, uma aparência de motivação de Estado, a qual, segundo nos foi apresentado pela doutrina buscada, sequer poderá ser em sua motivação analisada, posto a possibilidade de tê-la oculta. O Ato de Governo, destarte, vem a tona após um processo de auto-limitação do Conselho de Estado francês e, novamente segundo Cretella Júnior:

Da França, a teoria do ato político irradiou para outros países, onde tal foi recebida e reestruturada conforme as necessidades jurídico-sociais e as condições peculiares de cada sistema<sup>15</sup>.

## **6. A CONSTITUIÇÕES BRASILEIRAS DE 1934 E 1937**

No Brasil, a Constituição republicana de 1891 – assim como a posterior de 1946 – não faz menção à proibição expressa do controle do ato político pelo poder judiciário. O que não significou, pelas condições históricas, não ter tal poder deixado de entendê-lo jurisprudencialmente.

A aplicação jurisprudencial da não possibilidade de intervenção judicial no ato

---

<sup>14</sup> ELIZONDO, Roberto Rios. *Op. cit.* p. 392-3. Livre tradução de “la reclamation du sieur Laffitte tient á une question politique dont la decision appartient exclusivement an gouvernement”.

<sup>15</sup> CRETELLA JÚNIOR, José. *Op. cit.*, p. 163.



político é conforme o entendimento que traz Ruy Barbosa, em 1915, sob a égide da primeira constituição republicana:

Indubitavelmente, a justiça não pode conhecer de casos que forem exclusiva ou absolutamente políticos, mas a autoridade competente para definir quais os casos políticos e os não políticos é justamente essa justiça suprema.

A constituição de 1934, por sua vez, asseverava, em seu art. 68: "É vedado ao poder judiciário conhecer de questões exclusivamente políticas".

Restando, ainda, tanto mais importante o art. 59 do projeto de tal constituição, que trazia:

Nenhum recurso judiciário é permitido contra a intervenção nos estados, declaração de sítio, eleição presidencial, verificação de poderes, reconhecimento, posse e perda de cargos públicos eletivos, tomada de contas pela assembléia e outros atos essencial ou exclusivamente políticos, reservados por esta constituição ao arbítrio de outro poder.

O parágrafo único do citado artigo do projeto, informava ainda, numa clara diretiva do controle jurisprudencial da Administração Pública – tornando explícito o já subentendido controle baseado na legalidade estrita:

Os juízes e tribunais apreciarão os atos dos outros poderes somente quanto à legalidade, excluídos os aspectos de oportunidade ou conveniência das medidas<sup>16</sup>.

Uma vez que a Constituição de 1937, na mesma senda, vedou ao poder judiciário apreciar os atos políticos em seu artigo 94, ponderaria o Ministro Costa Manso, em acórdão do ano de 1938:

A função dos tribunais judiciários é assegurar a aplicação da lei. não lhes compete examinar sob o ponto de vista intrínsecos, os atos legislativos ou administrativos para declará-los oportunos ou inoportunos, convenientes ou inconvenientes, justos ou injustos, conforme a princípios científicos ou dele

---

16 BARBOSA, Rui. *O Direito do Amazonas*. Apud. CRETELLA JÚNIOR. *Op. cit.*, p. 170

divorciados<sup>17</sup>.

Assim, nesta específica conjuntura histórica das Constituições varguistas, teremos, pelo primeiro e até então único momento na histórica Constitucional brasileira, inserida a figura do “Ato Político/de Governo”. Tal figura, como foi visto, traz consigo uma lógica de guinadas repentinas na condução do Estado, bem como da supremacia do Poder Executivo.

## **7. CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Buscou-se, neste artigo, a contextualização histórica da gênese da figura do “Ato de Governo” que, como vimos, trazia em seus primórdios, em sua configuração, a idéia implícita e indeterminada de “Razão de Estado”.

Como pôde ser visto, o ensejo específico que possibilitou sua criação estava cercado de um ideário pragmático e de resposta aos anseios populares que tinha por fito, e por necessidade, a redução da possibilidade de Controle Jurisdicional da Administração Pública.

Ainda, como se viu, as especificidades do estado político em que se encontrava o Brasil no próprio momento de emanção das Constituições que traziam em seu texto a reprodução da categoria dos atos aqui tratados, coadunam com o esforço histórico que apresentamos como propício à elaboração da ideia de Ato de Governo francesa.

## **8. BIBLIOGRAFIA**

**CERQUEIRA, Marcello. *Controle do Judiciário: doutrina e controvérsia*. Rio de Janeiro: Revan, 1995.**

**COELHO, Paulo Magalhães da Costa. *Controle Jurisdicional da Administração pública*. São Paulo: Saraiva, 2002.**

---

17 RF, 75/495. *Apud*. COSTA COELHO. *Op. cit.*, p.43.

**CRETELLA JÚNIOR, José. *Controle Jurisdicional do Ato Administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 1992**

**ELIZONDO, Roberto Ríos. *El Acto de Gobierno: El Poder y el Derecho Administrativo*. Ed. Porrúa: México, 1975.**

**HESPANHA, António Manuel. *Síntese Jurídica Européia: Síntese de um Milênio*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2005.**

**ROCHA, José de Albuquerque. *Estudos sobre Poder Judiciário São Paulo: Malheiros, 1995.***