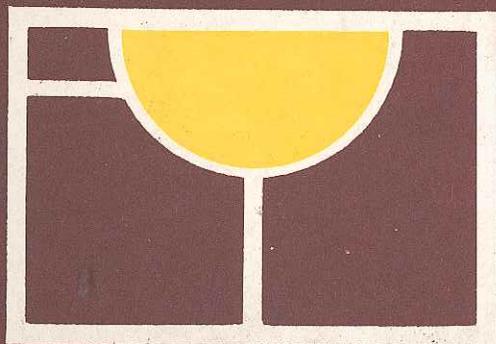


REVISTA DA CONSULTORIA GERAL DO ESTADO



Publicação do
Instituto de Informática Jurídica
Estado do Rio Grande do Sul

**REVISTA DA
CONSULTORIA
GERAL DO ESTADO**

**PUBLICAÇÃO DO
INSTITUTO DE INFORMÁTICA JURÍDICA**

ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

RCGE	Porto Alegre	v. 6	n. 16	p. 1 a 191	1976
-------------	---------------------	-------------	--------------	-------------------	-------------

Revista da Consultoria-Geral do Estado.
v. 1- n. 1- dez. 1971-
Porto Alegre, Consultoria-Geral do
Estado do Rio Grande do Sul, Instituto
de Informática Jurídica.
v. 23cm. quadrimestral.



Catálogo pela
Equipe de Documentação e
Divulgação da CGE.

Os artigos de doutrina não representam,
necessariamente, a posição da Consultoria-
Geral do Estado do Rio Grande do Sul.

Sinyal Guazzelli — Governador do Estado
José Maria Rosa Tesheiner — Consultor-Geral do Estado
Jorge Arthur Marsch — Coordenador do Instituto de Informática Jurídica

COMISSÃO ORGANIZADORA DA REVISTA

Mária Bernarda Sesta

Antônia Estevã Allgayer

Rosa Maria Peixato Bastas

Silvia La Parta de Castro

Maria Izabel Elíbia de Araújo Ribeiro Fonyat

Laura Carrêa Oliveira

Suzana Maria Heller

Raque Antônia Ames

SUMÁRIO

DOCTRINA

SÉRGIO FERRAZ	As Regiões Metropolitâneas no Direito Brasileiro	11
NEY SÁ, BENONI SILVEIRA SOUZA e MANOEL ANDRÉ DA ROCHA	O Contencioso Administrativo Constitucional	23
NORBERTO LUIZ GRIFFA	Pressupostos lógicos e epistemológicos da linguagem jurídica	63
WALTER JOSÉ DIEHL	Evolução negativa do Direito Tributário Brasileiro, no aspecto social	103
TELMO CANDIOTA DA ROSA FILHO	Transferência do domínio na desapropriação	111

PARECERES

ALMIRO DO COUTO E SILVA	Concessão mercantil	119
VALDACYR SANTO SCOMAZZON	Revisão de proventos	145
JOSÉ JOAQUIM MONTEIRO	Acumulação	163
JOÃO SOARES CARRICONDE	Cossação de proventos	171
NEY SÁ	Resolução de contrato de trabalho	175
REJANE BRASIL FILIPPI	Taxas Municipais de Expediente não incidem nas transações de imóveis	181
MAURÍCIO AZEVEDO MORAES ...	A RFF S. A. não está isenta do pagamento de taxas	185

DOCTRINA

AS REGIÕES METROPOLITANAS NO DIREITO BRASILEIRO

SÉRGIO FERRAZ

Procurador do Estado do Rio de Janeiro
Professor na Faculdade de Direito Cândido
Mendes e Livre-Docente na Faculdade de
Direito da Universidade do Estado
do Rio de Janeiro

Será difícil destacar, da Constituição do Brasil, preceito de inteligência mais discutido que o contido no artigo 164. Inúmeras achegas têm sido trazidas pela doutrina, às tentativas de interpretação do texto. As dificuldades permanecem, contudo, de pé. De nada adianta, de outra parte, delas esconder-se, ou tentar ignorá-las, sobretudo porque a realidade, a que se dirige a norma em causa, é de grande relevância para a vida nacional. O problema reside, repita-se, na formulação da solução, que o texto constitucional propôs, bem como no que deixou de propor o constituinte, para consagrar instrumentos que se reputassem plenamente viáveis e eficazes, de regência jurídica, para enfrentar a problemática da metropolitanização: Tentar uma linha que dê praticidade ao texto constitucional será nosso objetivo. De plano pretendemos debulhar desta iniciativa, alguns pontos que, conquanto relevantes, já têm sido antes estudados à exaustão. Daí advertirmos que não empreendemos a reconstituição histórica do preceito constitucional, nem tampouco nos deteremos na pesquisa do trato da matéria em direito comparado. Nossos parâmetros aqui serão a realidade brasileira e o direito positivo brasileiro.

Reza o artigo 164:

“A União, mediante lei complementar, poderá, para a realização de serviços comuns, estabelecer regiões metropolitanas, constituídas por Municípios que, independentemente de sua vinculação administrativa, façam parte da mesma comunidade sócio-econômica”.

Do texto se pode extrair uma nítida definição de **região metropolitana**: é o grupamento de municípios, que por apresentarem características sócio-econômicas homogêneas, demandam uma realização conjunta dos serviços de interesse comum. O texto constitucional agrega, ao cerne da definição, duas outras notas: a de que a "região metropolitana" só se institucionaliza mediante lei complementar; e a de que é irrelevante, para sua instituição, que a comunidade de municípios esteja compreendida dentro de um mesmo Estado-membro.

A primeira exigência, que se põe no comando constitucional, é a de que a criação da região metropolitana se faça por **lei complementar**. O texto não suscita dúvida quanto à providência dessa lei complementar: ela só pode ser federal, posto que, no mesmo artigo, só à União é deferida essa criação. Observe-se que a eleição constitucional, da lei complementar, não se balisou pelo critério da simples eleição de condições gerais, para a criação da região. Isso não implica que tal lei seja inviável: e, a rigor, ela já existe, na medida em que a Lei Complementar n.º 14, de 8 de junho de 1973, em seu artigo 5.º, procurou estabelecer, com a possível nitidez, o conteúdo da fórmula "serviços comuns", consagrada na Constituição. Mesmo assim, contudo, futuras regiões metropolitanas só poderão, necessariamente, ser criadas também através de lei complementar federal (1). Se a interpretação literal do preceito a tanto conduz, o mesmo ocorre, do ponto de vista substantivo — basta lembrar que a regionalização metropolitana implica sensíveis repercussões sobre todo o território nacional, não limitadas às áreas nominadamente atingidas com a aglutinação municipal determinada (2). Ademais, segundo a própria previsão constitucional, a região pode abranger municípios não compreendidos num único Estado-membro, o que inequivocamente desloca a regência total do fenômeno para a alçada da União.

(1) Nesse sentido: ARNOLDO WALD (*As Áreas Metropolitanas*, in *Rev. Dir. Público*, vol. 22, págs. 164 e segs.), PONTES DE MIRANDA (*Comentários à Constituição de 1967 com a Emenda n.º 1, de 1969*, tomo VI, pág. 97); OSCAR DIAS CORRÊA (*Constituição de 1967, Contribuição Crítica*, pág. 98) e EROS GRAU (*Regiões Metropolitanas*, pág. 110).

(2) EROS GRAU, *op. cit.*, pág. 113.

O segundo dado, que o texto constitucional suscita ao exame, é o de que a região é composta por mais de um município, independentemente de suas vinculações administrativas.

Seria, de fato, inútil cogitar da região metropolitana intramunicipal. Compreendida toda sua extensão no âmbito de atuação político-administrativa da mais elementar entidade, das elencadas na divisão constitucional básica (União, Estados, Municípios), a solução de seus problemas não exigiria a coordenação de instrumentos dedicada à solução dos problemas transmunicipais. Tudo seria, em suma, resolvido dentro dos parâmetros estabelecidos no artigo 15 da Constituição, pertinente à face político-administrativa do município.

Doutra parte, o texto do artigo 164 fala em independência dos municípios, quanto às suas vinculações administrativas. Estamos em face de mais uma imprecisão da Constituição do Brasil. Em nossa ordem federativa, os municípios não estão administrativamente vinculados entre si, nem tampouco aos Estados de que façam parte. A busca de outorga de sentido, ao texto em pauta, leva a supor, como aliás a doutrina tem unissonamente afirmado, ter tido o constituinte em mente a possibilidade de compor regiões metropolitanas com extensão interestadual. Destaque-se, contudo, inexistir região metropolitana com essa figuração, presentemente (3).

Outro elemento, de relevância, é o atinente à finalidade da criação da região — realização de serviços comuns aos municípios que a constituem. Tal pressuposto — serviço comum — entronca-se com outra cláusula do texto constitucional: aquela na qual se consagra devam os municípios agregados fazer parte de uma mesma comunidade sócio-econômica.

Claro está que os dois conceitos não se superpõem: a idéia de comunidade sócio-econômica é inteiramente estranha, na sua configura-

(3) A única assim criada, a chamada Região Metropolitana do Grande Rio, perdeu essa nota, com a fusão dos antigos Estados do Rio de Janeiro e da Guanabara.

ção, ao campo do Direito. Ademais disso, está ela dotada de uma fisionomia predominantemente estática e espacial: os traços de identidade são apurados numa linha de continuidade de sua constatação, em certo espaço do território brasileiro. Já a idéia de serviços comuns, afora revestir-se de caráter dinâmico, há de ser, para tornar operativo o texto constitucional, normada juridicamente. Essa exigência de caracterização legal, do serviço comum, é, à luz do molde federativo vigente, incontornável: os municípios e estados têm direito subjetivo às suas autonomias e competências, podendo, por isso, invocar controle jurisdicional da lei instituidora de regiões metropolitanas que extrapolem a idéia legitimadora de sua consagração — o serviço comum a ser realizado (4).

Por isso que inexistente a superposição conceitual, plausível será que nem todos os municípios, de uma mesma comunidade sócio-econômica, sejam chamados a compor a região metropolitana. Imprescindível contudo, ao revés, será que os municípios compelidos a compô-la não só integrem uma comunidade sócio-econômica, como também acusem serviços comuns que devam ser uniformemente realizados.

E aqui, nesse ponto, situa-se realmente o tópico nodal, de toda a problemática envolvida no artigo 164. Passemos a examiná-la.

O artigo 164 não pode ser examinado desligado do contexto global da Constituição. O mesmo diploma, que o abriga, contém, igualmente:

- a) a enunciação taxativa dos entes com poder político, nela não contemplada a região metropolitana;
- b) a consagração da autonomia municipal e estadual;
- c) a elevação do princípio federativo, tal como definido na própria Constituição (ver "a" supra), à categoria de formulação impossível de abolição, mesmo por emenda constitucional.

(4) PONTES DE MIRANDA, op. e pág. cit.; GERALDO ATALIBA (Lei Complementar na Constituição, pág. 94).

Dai resulta que o artigo 164 não criou um quarto nível político, limitando-se a instituir uma figura de simples capacidade administrativa. Essa figura, a região metropolitana, há de, necessariamente, transitar, respeitadas as balizas da autonomia municipal e da autonomia estadual. Os serviços tipicamente estaduais e os tipicamente municipais não podem ser por elas (regiões) desempenhados, dado que estão inteiramente inseridos na esfera própria da autonomia de cada qual (5). Inequivoco, contudo, que o texto constitucional criou o conceito de serviço comum de interesse metropolitano. E a definição do conteúdo desse conceito, embora difícil, não é impossível de ser realizada, com integral respeito às competências das esferas federativas. Bem ao contrário, ela deflui mesmo do artigo 164: aludindo à idéia de **serviço comum**, e fulcrando toda sua criação no pressuposto da metrópole, o preceito constitucional está a indicar que os referidos serviços são aqueles os quais, com vistas ao ordenamento interno da metrópole (conceito transmunicipal), devam ser metropolitamente executados — sob pena de, deixados à iniciativa de cada município da área, não terem tratamento globalmente satisfatório.

A Lei Complementar n.º 14, como se já disse, consagrou um elenco de serviços que reputou de interesse metropolitano. Mesmo posta de lado a cláusula ampliadora do inciso VI, do artigo 5.º da citada lei complementar, o elenco há de ser tido, por sua própria natureza, como meramente exemplificativo: em verdade outros serviços, que não os ali enunciados, podem revestir-se da qualidade do comum interesse à metrópole (imaginem-se, por exemplo, o aproveitamento dos recursos turísticos comuns a mais de um município, ou as necessidades comuns, de instrução pública). De revés, contudo, o simples fato de inserir-se o serviço, no mencionado elenco, não importa em automática extrapolação metropolitana da competência administrativa de sua realização: se o serviço de limpeza pública de um município, integrado em região metropolitana, apresentar peculiaridades que o estremem do dos demais municípios, não haverá como transferi-lo à entidade metropolitana. Super-

(5) GERALDO ATALIBA, op. cit., pág. 93.

fluo será, a essa altura, fazer mais que lembrar a autorizada conclusão uníssona da doutrina — interesse peculiar não equivale a **interesse exclusivo**, mas a **interesse preponderantemente municipal**.

Doutra parte, se é possível conceituar e configurar o serviço de interesse metropolitano, uma vez atingido esse objetivo não é defensável admitir que sua realização conjunta constituiria simples opção discricionária, dos municípios da região. Sabido é que a pior modalidade de interpretação é a que leva à afirmação da incongruência, absurdo ou ineficácia da norma. Essa mácula é tanto mais grave quando a regra interpretanda é de nível constitucional. Padecem, por isso, de maior critério, assertivas tais como:

- a) a de que os municípios deverão ser necessariamente consultados quanto à definição dos serviços comuns;
- b) a de que só a adesão voluntária poderá viabilizar o funcionamento da região, cujo instrumento precípuo de concreção será o convênio ou consórcio (6).

A solução de problemas metropolitanos por meio de consórcios ou convênios intermunicipais prescinde da invocação do artigo 164. O artigo 13, parágrafo 3.º, da Lei Maior já albergaria essa solução, nitidamente colocada, essa sim, no plano simplesmente dispositivo, discricionário, dos municípios interessados. Nem mesmo, aliás, esse texto constitui novidade. Já o artigo 29, da Constituição de 1937, previa que os municípios poderiam agrupar-se para a realização de serviços comuns, dessa aglutinação nascendo uma entidade dotada “de personalidade jurídica limitada a seus fins”. Aliás, essa possibilidade constitui, até mesmo, manifestação de concreção da autonomia municipal. Mas o consórcio, o convênio, ou qualquer outra figura de associação de interesses, estão sublinhados pela peculiaridade, defluente de sua própria natureza, de serem denunciáveis. Se a norma do artigo 164 fosse da mesma natureza, patente seria sua inutilidade. Ademais disso, no referido artigo 164, a Constituição não apenas se limita a sugerir, aos dire-

(6) Tal o opinamento de GERALDO ATALIBA (op. e pág. cit.).

tamente interessados, uma via de solução para os problemas metropolitanos: assim considerar, significa minimizar o mais sério problema com que lidará, nas próximas décadas, o administrador público — a explosão urbana, em todos os seus aspectos (econômico, demográfico, ecológico, etc.).

O simples afirmar a compulsoriedade do trato metropolitano, para os problemas dessa natureza, não solve, entretanto, o impasse constitucional. Cabe, em particular, tentar conciliar a assertiva, com as idéias, também de berço constitucional, de autonomia municipal e estadual. Impende não esquecer que a região metropolitana é composta de municípios, e não pela área dos municípios abrangidos (7). Balisados por tais preocupações, intentemos identificar quais sejam os módulos de coerção sistemicamente admissíveis.

Em primeiro lugar, registre-se o instrumento coercitivo indireto (artigo 6.º da Lei Complementar n.º 14), de certo, mas eloquentemente eficiente da concessão de recursos, financiamentos e garantias, de origem estadual e federal, para os municípios, de regiões metropolitanas, que atuem integradamente. Dir-se-ia que a compulsão, aí estabelecida, seria mais econômica, ou mesmo política, que jurídica. Ainda que assim seja (e admitimos que é), a força desse instrumento é invencível, na medida em que não há município brasileiro economicamente auto-suficiente.

Em segundo lugar há que registrar que os Fundos de Participação, previstos no artigo 25 da Constituição, têm presentemente sua aplicação também condicionada à atuação municipal integrada no contexto metropolitano (parágrafo único, do artigo 6.º citado). As mesmas considerações, expendidas no parágrafo anterior, são aqui aplicáveis.

Mas de índole unicamente jurídica é o terceiro módulo coercitivo. Não sendo de boa tônica divisar na lei a marca da inutilidade, so-

(7) ADILSON DALLARI (Uso do Solo Metropolitano, in Revista de Dir. Público, vol. 14, pág. 286).

bretudo da regra constitucional, vemo-nos levados a asseverar que a associação, preconizada no artigo 164, é de cunho compulsório. Do mesmo vício de absurdo padeceria a interpretação que visse na integração do município uma coerção invencível, sem a correspondente coerção da atuação integrada. É claro, contudo, que não há lastro constitucional para afetar compulsoriamente o recurso municipal à realização metropolitana; nem tampouco haverá como obrigar o município a realizar sua parcela do serviço metropolitano. Doutra parte, porém, a Constituição não só criou o conceito de serviço de interesse metropolitano, como também atribuiu à União competência para preenchê-lo conteudisticamente. Daí resulta que não pode o município, quando caracterizada a peculiaridade metropolitana, invocar a peculiaridade municipal — em consequência, na área do serviço comum, a atuação municipal terá de cingir-se, obrigatoriamente, ao planejamento metropolitano. A pena, para o descumprimento, será inequivocamente a de intervenção federal, com supedâneo no artigo 10, V, “c” da Constituição do Brasil. Nem se diga que tal penalidade atingiria outro que não o infrator (no caso, o município recalcitrante) — a intervenção, por força do parágrafo 2.º do mesmo artigo, pode limitar-se ao afastamento do ato impugnado — a infringência municipal. Não se obtempere que essa forma limitada, de intervenção, está limitada às hipóteses dos itens VI e VII do mencionado artigo: nesses dois últimos casos, a intervenção mitigada é obrigatória; nos demais, será facultativa. De resto, sendo a intervenção um remédio drástico, sua adoção em doses atenuadas é sempre desejável, não havendo, pois, como refutá-la *in casu*.

Já afirmamos, precedentemente, que a região metropolitana configura um instrumento meramente administrativo, sem poder político. Cabe indagar, portanto: a quem competem as diretrizes e diretivas políticas e governamentais, pertinentes à região? Necessariamente ao Estado-membro, em que localizados os municípios integrantes. Não poderiam caber a qualquer município, sob pena de ferimento à autonomia dos demais. Nem, tampouco, a todos os municípios, sob risco de ofensa à autonomia estadual (artigo 13, parágrafo 1.º, da Constituição Fe-

deral). Pelos mesmos motivos não estão eles atribuídos à União. Esta será, contudo, a pessoa jurídica competente, quando se tratar de região metropolitana interestadual (artigo 8.º, XIV, da Constituição).

A Lei Complementar n.º 14 traçou algumas orientações claras sobre a matéria, em seus artigos 2.º a 4.º. Deles decorrem três tipos de atuação institucional:

- a) consultiva — através de um Conselho Consultivo;
- b) de planejamento, programação e coordenação da execução de serviços comuns — através de um Conselho Deliberativo;
- c) executiva — através de qualquer das fórmulas jurídicas de prestação de serviços públicos: autarquias, sociedades de economia mista, empresas públicas, fundações, etc... (9)

Em todas elas, a competência normativa e diretiva é do Estado. A própria lei complementar o assegura, pois:

- a) determina que lei estadual crie os Conselhos acima referidos;
- b) reserva ao Governador do Estado a faculdade de nomear os membros do Conselho. De destacar que no Conselho Deliberativo, composto de cinco membros, três são de livre nomeação pelo Governador, sendo os outros dois indicados, em lista triplíce, pelos prefeitos;
- c) prescreve a execução dos serviços comuns à entidade estadual (parágrafo único, do artigo 3.º).

(9) Nesse sentido: A. WALD (op. cit., pág. 171); RAUL MACHADO HORTA (*Regiões Metropolitanas e Direito Constitucional Brasileiro*, in *Rev. de Dir. Público*, vol. 29, pág. 16); EURICO DE ANDRADE AZEVEDO (*Instituição de Regiões Metropolitanas no Brasil*, in *Rev. Dir. Público*, vol. 2, pág. 195).

Outra solução não poderia ser estabelecida ⁽¹⁰⁾, eis que o serviço metropolitano assume interesse regional, não comportável exclusivamente na esfera de afetação de qualquer dos municípios componentes.

Já ponderamos que a entidade executora dos serviços comuns pode revestir-se de qualquer das formas, previstas em Direito. Sua nota preponderante de participação do Estado-membro não exclui, por isso, a participação de outras entidades, além dos próprios municípios interessados: ressalvado o comando estadual, nenhum óbice haverá à integração.

A criação das regiões metropolitanas encerra uma tentativa de solução, para os problemas urbanos de áreas onde o fenômeno da conurbação instaurou-se, ou tende a fazê-lo. Indaga-se, com frequência, se melhor não teria sido um pouco mais de ousio, encetando o constituinte a determinação de estatuir um quarto nível de poder político. Em face da interpretação que outorgamos ao artigo 164, da Constituição, atribuindo-lhe praticidade, essa determinação assume a feição de opção que poderia ser tomada, mas não essencial para a solução das crises metropolitanas. Doutra parte, contudo, não hesitamos em asseverar a inconveniência da pretendida novidade. Sabido é que se concentram nas áreas urbanas, em particular nas das regiões metropolitanas criadas pelas Leis Complementares 14 e 20, cerca de 90% não só da população, mas também da renda do país. A atribuição de poder político a tais regiões significaria o total esfacelamento da Federação, como tem sido concebida, pois quase aniquilada estaria a significação econômica não só dos municípios, mas também dos Estados.

Mesmo sem tão alto vôo, contudo, a instituição da região metropolitana, ao lado de posicionar soluções, enseja problemas. O tratamento diferenciado e preferencial que seus municípios recebem, a concentração de afetação orçamentária, para ela exigida, colocam os demais municípios do Estado em situação francamente desprivilegiada. Nada

(10) Ressalvado, é claro, o caso da região metropolitana interestadual.

impede, contudo, que os Municípios e os Estados, sob a forma contudo, da livre associação, aglutinem-se para a solução de seus problemas — assim expressamente permite o parágrafo 3.º, do artigo 13, da Constituição. Parece-nos igualmente cabível a edição de lei estadual fixadora de normas diretivas para tais associações intermunicipais, desde que, é óbvio, não se pretenda **compelir** os municípios interessados a observá-la — em respeito à autonomia que lhes confere a Constituição ⁽¹¹⁾. Paralelamente à Lei Orgânica dos Municípios, ou como parte desta, poderiam os Estados formular uma lei orgânica para as regiões administrativas, cuja aglutinação e funcionamento induziriam, no uso de indiscutível capacidade constitucional — a ordenação do desenvolvimento municipal, como fator inafastável do próprio desenvolvimento estadual.

Como se vê, as novidades propostas pela temática do artigo 164 estão longe de se exaurir, constituindo sua prospecção fascinante desafio à imaginação criativa de administradores, juristas e políticos.

(11) Durante o II Congresso Brasileiro de Direito Administrativo, ADA PELLEGRINI GRINOVER e DARCI FERNANDES PIMENTEL apresentaram interessante tese sobre o assunto, inclusive com a formulação objetiva de soluções ("Regiões Administrativas Intra-estaduais: Proposta de Administração Descentralizada Intergovernamental").

O CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO CONSTITUCIONAL

NEY SA

Consultor Jurídico do Estado
do Rio Grande do Sul

BENONI SILVEIRA SOUZA

Consultor Jurídico do Estado
do Rio Grande do Sul

MANOEL ANDRÉ DA ROCHA

Consultor Jurídico do Estado
do Rio Grande do Sul

“Cumpra ao legislador e ao juiz, em vez da ânsia de revelar inconstitucionalidade, mostrar solicitude no sentido de enquadrar na letra do texto antigo o instituto moderno.” (MAXIMILIANO, Carlos. *Comentários à Constituição Brasileira*. 3.ed. Porto Alegre, Globo, 1929., p.107, n.76).

- I — O Instituto do Contencioso Administrativo
- II — O Contencioso Administrativo Constitucional e o Princípio da Separação dos Poderes
- III — O Contencioso Administrativo e o Princípio da Inafastabilidade do Controle Judicial
- IV — O Contencioso Administrativo Constitucional e o Recurso ao Poder Judiciário
- V — O Processo no Contencioso Administrativo Constitucional
- VI — Organização, Competência e Garantias do Contencioso Administrativo Constitucional

VII — O Contencioso Administrativo Constitucional nos Estados-Membros e Municípios

VIII — Conclusões

I

O INSTITUTO DO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

O Estado traduz, na organização dos serviços públicos, a segurança que infunde na sociedade; reflexamente daí decorre fator de sua própria segurança. Em realidade o povo necessita crer na eficácia das leis, na austeridade dos administradores, na honradez daqueles que, investidos em funções públicas, são agentes da ordem jurídica.

A Constituição Federal é preme de normas eminentemente moralizadoras dos serviços públicos, não obstante, no que lhes compete, a autonomia administrativa dos estados membros da Federação. Essa preocupação é também retratada em princípios da reforma administrativa, e exacerbada em atos institucionais.

A proteção dos interesses fazendários, a concessão de serviços públicos, os contratos públicos, o resguardo da disciplina, a eficiência e o conceito que os serviços públicos reclamam, merecem ser tratados, no direito positivo, de modo a conciliar essas necessidades da Administração, com garantias, inclusive as constitucionais, dadas aos indivíduos ou aos organismos jurídicos.

Normas federais, estaduais ou municipais têm procurado dotar a Administração de instrumentos legais capazes de propiciar a eficácia almejada.

Essa aspiração de alcançar os melhores critérios de administração, efetivamente, não pode ser alheia ao ideal de uma administração conforme com a lei.

Diferentes povos têm buscado conciliar esses dois elementos de uma sociedade sadia: administração — legalidade. Uns aprimoram o procedimento administrativo para resguardar a correção dos atos da Administração, e conferem a tribunais ordinários a atribuição de julgar a legalidade de tais atos, nas questões que gerem. Outros entendem que a jurisdição administrativa, como instituição destinada, exclusivamente, ao cultivo do Direito Administrativo, representa a mais perfeita forma de revisão dos atos administrativos, capaz de alcançar o reestabelecimento da legalidade conspurcada, sem olvidar os fins da Administração, que somam-se, com especial relevo, aos do próprio Estado.

A jurisdição contenciosa administrativa tem a mesma eficácia da jurisdição ordinária e pode ser organizada de maneira a que seus membros exerçam a função com imparcialidade, equidistantes de influências perniciosas, subordinados, unicamente, ao império das leis.

A tarefa do contencioso administrativo é examinar e decidir sobre a legalidade de atos administrativos taxados de violadores de direitos subjetivos.

Essa relação tem origem no ordenamento legal, pois a lei, e por vezes a própria Constituição, é fonte de direitos públicos.

“São do conhecimento e decisão dos tribunais administrativos todas as questões contenciosas relativas a atos administrativos gerais ou especiais, a organização administrativa, o que concerne à função pública, a responsabilidade (do Estado), a política de culto, associação, imprensa, etc. Os contratos administrativos (concessões, obras públicas).” (BIELSA, Rafael. *Derecho Administrativo*. 6. ed. Buenos Aires, La Ley, 1966. v. 5, p. 132).

FRITZ FLEINER diz que, na Alemanha, o Estado de Direito teve sua origem na aplicação das instituições de justiça à Administração, e refere alguns tribunais administrativos especiais, criados para dirimir litígios suscitados na área de seguro social, patentes de invenção, inspeção geral de seguros privados, assistência social; tribunal arbitral,

para abastecimento de guerra, transformado, posteriormente, em tribunal de economia; Tribunal Supremo de Fazenda; tribunais para pagamento de contribuições; tribunais administrativos para proteção dos particulares contra disposições e decretos das autoridades administrativas; tribunal de cartéis; para reclamações originadas da execução da Lei do Reich para a defesa da República.

Marcello Caetano, apontando a competência dos tribunais administrativos portugueses, enumera-a nas seguintes hipóteses: os recursos diretos de anulação dos atos administrativos praticados por membros do Governo, ou por delegação sua, bem como pelos órgãos dirigentes dos institutos públicos dotados de autonomia administrativa; os recursos interpostos das sentenças e de outras decisões dos auditores administrativos, entre os quais se destacam recursos eleitorais. Aponta, ainda, a ação popular, no recurso contencioso, como direito político e as ações sobre contratos administrativos, para a interpretação de cláusulas, tendo estas decisões meros efeitos declaratórios.

O sistema contencioso administrativo francês, gênese dos demais, se assenta em dois princípios fundamentais: a separação entre as autoridades administrativas judiciais e separação da administração ativa da administração contenciosa.

A generalidade dos tratadistas da matéria, dividem os recursos contenciosos em quatro categorias:

1. — De plena jurisdição, competentes para resolver amplamente os litígios perante si suscitados;
2. — De interpretação, competentes para declarar o verdadeiro sentido do ato administrativo obscuro, por ocasião do litígio ajuizado;
3. — De anulação, perante o qual se pede a decretação da nulidade de um ato administrativo, desconforme com a lei;
4. — De repressão, competente para punir contravenções.

É de notar-se, ainda, a possibilidade do exercício de direito subjetivo público em favor de particulares, do mesmo modo que o Estado pode ser sujeito ativo, invocando-o frente a particulares. A relação pode verificar-se, ainda, entre pessoas de direito público.

É importante a observação de Bielsa segundo a qual constituem matéria-prima do juízo contencioso as decisões proferidas pela Administração nas "reclamações prévias".

Constituem estas uma espécie de privilégio da Administração Pública pelo qual os administrados não podem promover demandas contra a Administração sem, antes, proporcionar-lhe oportunidade de rever o ato questionado. Mantida a decisão ou verificado o silêncio da autoridade administrativa competente, no prazo estipulado em lei, o ato pode ser objeto de apreciação jurisdicional. A reforma do ato previne o litígio.

O nosso ordenamento jurídico, sem embargo da inexistência de norma constitucional permissiva, já contemplava hipóteses de relações contenciosas administrativas. De tal natureza são as atribuições do Tribunal Marítimo e dos tribunais administrativos de recursos fiscais. Igualmente, o regulamento para liquidação extra-judicial de bancos e casas bancárias, aprovado pelo Decreto-lei n.º 9.346, de 10 de junho de 1946, dispendo que o despacho de liquidação suspende as ações e execuções iniciadas sobre direitos e interesses relativos ao acervo do estabelecimento liquidando, não podendo ser intentadas quaisquer outras, no decorrer de processo de liquidação. Estipula, ainda, prazo dentro do qual devem ser feitas declarações de crédito, sob pena de perda dos respectivos direitos.

Critérios análogos são os adotados pela Lei n.º 6.024, de 13 de março de 1974, que dispõe sobre a intervenção e liquidação extra-judicial de instituições financeiras.

Matéria contenciosa administrativa é, ainda, a abrangida pela Lei n.º 4.137, de 10 de setembro de 1962, que regula a repressão ao abuso do poder econômico.

Nos exemplos invocados, exemplificativamente, entre tantos outros, procuramos registrar a mera preocupação do legislador ordinário, através dos tempos, em dotar a Administração de meios, de natureza contenciosa, para melhor consecução de fins.

Ainda que se oponha, em relação a tais hipóteses, o argumento de que a nossa jurisdição permanecia una, por imperativo constitucional, é indubitoso que agora é possível a implantação de um sistema de plena Jurisdição Administrativa, dentro do preconizado pelos artigos 111 e 110 da Constituição Federal, abrangente de matéria delimitada pelos próprios preceitos.

A jurisdição administrativa, ou o contencioso administrativo, não tem, como se depreende dos aspectos do problema, supra referidos, um conteúdo perfeitamente delimitado; inspiradas no exemplo francês, muitas legislações o adotaram, mas sempre com um colorido local, decorrente dos vários fatores que informam a estrutura jurídico-administrativo que o acolhe

A propósito, Marcello Caetano observa:

“Na acepção mais geral, entendem os autores por contencioso administrativo o CONJUNTO DAS CONTESTAÇÕES JURÍDICAS A QUE DÁ LUGAR A AÇÃO ADMINISTRATIVA, ou então o CONJUNTO DAS REGRAS RELATIVAS AOS LITÍGIOS ORGANIZADOS QUE A ATIVIDADE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA SUSCITA, SEJAM QUAIS FOREM AS JURISDIÇÕES A QUE SÃO SUBMETIDOS.” CAETANO, Marcello. *Manual do Direito Administrativo*. 1.ed.bras. Rio, Forense, 1970, t.1, p.1120).

O entendimento do que seja essa jurisdição contenciosa administrativa, na acepção ampla com que os tratadistas de direito administrativo francês a definem, é bem retratado por Jorge Tristan Bosch em

sua obra “Tribunales Judiciales o Tribunales Administrativos para juzgar a la Administración Pública”, pág. 25, editor Vitor P. de Zavalin — B. Aires — 1951, ao apontar-lhe as características:

“1.º — No forman parte del Poder Judicial, sino del Poder Administrador;

2.º — Carecen enteramente de vinculación con el Poder Judicial: sus decisiones tienen carácter final, siendo irrevisibles por los tribunales judiciales;

3.º — Actúan separados de los órganos que cumplen las funciones propiamente administrativas y que en su conjunto se denominan “Administración activa”;

4.º — Gozan de una competencia en materia contenciosa administrativa establecida por cláusula general, o sea, son “tribunales de derecho común” en materia administrativa.”

— II —

O CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO CONSTITUCIONAL E O PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES

O exame da compatibilidade de uma jurisdição contenciosa administrativa em matéria contenciosa administrativa com o texto constitucional vigente, vale dizer, a instituição no Poder Executivo de um tribunal administrativo, autônomo perante a jurisdição judicial, exercida como função própria pelo Poder Judiciário, deve sempre ser examinado à luz de um determinado pressuposto: o de que o poder estatal é sempre uno, e de que é a partir de um postulado de natureza política e não jurídica, que se discriminam as assim chamadas funções do Estado: legislação, jurisdição e administração, distribuídas a três órgãos específicos, independentes e tecnicamente isolados entre si. Juridicamente; no entanto, o que se observa é que esse postulado, dogmaticamente encaixado nas Constituições modernas, não só não recebeu aplicação completa, mas ademais não corresponde ao verdadeiro conteúdo jurídi-

co dos órgãos executivos, legislativos e judiciários. Perfunctoriamente já se poderia apontar que cada um dos três Poderes estereotipados do Estado moderno exerce sempre as funções executivas, jurisdicionais e legiferantes, sob diversas formas. O Poder Judiciário julga, mas também administra e edita normas; o Poder Legislativo legisla, mas também julga e administra; o Poder Executivo administra, mas também edita regras de direito e pode julgar. Com mais profundidade, no entanto, poder-se-ia inclusive observar que tanto o Poder Legislativo como o Poder Judiciário são órgãos de criação de direito, cabendo ao primeiro a formulação de regras jurídicas gerais, e ao segundo essa de regras jurídicas individuais, pela concretização de uma regra abstrata. De outra parte, também a administração, enquanto função cometida ao Poder Executivo, consiste em individualizar ou concretizar regras legais, através daquilo que se chama de execução. Como leciona KELSEN, a administração pública indireta (com o sentido que o adjetivo indireto tem na doutrina desse renomado autor) “é uma verdadeira jurisdição, uma função inteiramente análoga à sentença (...) Sentença e decisão administrativa são dois atos da mesma natureza: só difere a situação jurídica dos órgãos que estabelecem a regra individual: os juizes são independentes, ao contrário das autoridades administrativas, que não o são.” (KELSEN. *Teoria Geral do Estado*, São Paulo, Saraiva, 1938. p.118/119).

A diferença de situação jurídica dos referidos órgãos, a independência de uns e a subordinação de outros, não tem qualquer suporte jurídico na ciência do Direito Público, mas tão somente no que quis estabelecer a lei, por razões que só historicamente se desvelam. Pressuposto de nossa análise é, pois, que o Poder Estatal é uno e indivisível, e que as funções do Estado, tal como as pretendia extremar MONTESQUIEU, somente terão diferente natureza política, mas juridicamente intencionam todas a criação do direito, mediante regras, gerais e abstratas, ou concretas e individualizadas.

De tudo isso decorre que o princípio dogmático da separação dos poderes do Estado, se quisesse ser mantido em nível de pureza absoluta, brigaria de modo inconciliável com a natureza jurídica das funções do Estado, cada uma delas por igual intencionada à criação de di-

reito. Por isso mesmo, a própria ordem jurídica se encarrega de estabelecer que cada Poder exerce as três funções do Estado, e que, ainda quando seja uma dessas a predominante, não se faz nunca exercício com exclusividade.

Assim sendo, não pode ser motivo de escândalo, do ponto de vista científico juspublicista, que o Poder Executivo reclame uma jurisdição contenciosa administrativa para matéria contenciosa administrativa, excluída a jurisdição judicial do Poder Judiciário. Poderá tal pretensão ser vista como inaceitável para quem se coloque no plano da filosofia política, ou simplesmente da política enquanto ciência, mas nada lhe poderá ser assacado no ponto de vista estritamente jurídico, ou da teoria geral do direito público. Ou preferimos MONTESQUIEU, e nos colocamos em órbita de especulação não jurídica, mas de filosofia social ou política, ou simplesmente ciência política, ou até mesmo de conveniências meramente pragmáticas; ou permanecemos no mundo do Direito, reconhecendo que o princípio da separação dos poderes é tão só enunciado formal acolhido pelos textos constitucionais modernos, mas cujo conteúdo material é aquele que as normas jurídicas delimitam, sem preocupações puristas, através da técnica de determinação das competências judiciária, legislativa e executiva dos poderes do Estado.

O sistema constitucional brasileiro, como de resto, o das demais nações democráticas, não observam o purismo da concepção de MONTESQUIEU — nem mesmo no plano político e isto, quase que paradoxalmente, com o objetivo de preservar a própria autonomia dos órgãos. Nos Comentários à Constituição de 1891, discorria JOÃO BARBALHO:

“Segundo o sistema que foi adotado pela Constituição, nenhum dos três poderes divididos fica absolutamente separado, nem acima dos outros, de modo que deles se possa desembaraçar e, como dizia GUIZOT, a virtude e a bondade do sistema consiste precisamente na dependência mútua dos poderes e nos esforços que ela lhes impõe para chegarem à unidade...”

No plano jurídico, de outra parte, se, materialmente, ao Executivo cabe a administração, ao Legislativo a atividade de elaborar as

leis, e ao Judiciário a atividade jurisdicional, a verdade é que em cada um dos órgãos essas atividades se mesclam, gerando um campo indefinido de competências onde não há lugar para uma linha divisória a estabelecer firme limite, a tornar estanques as atribuições de cada órgão.

A nossa Constituição, por exemplo, coloca na “competência exclusiva” do Congresso Nacional “autorizar o presidente da República a declarar guerra e a fazer a paz”, competindo-lhe, também, aprovar atos administrativos do presidente como “resolver definitivamente sobre tratados, convenções e atos internacionais” (art. 44, I e II). Ao Senado Federal, a sua vez, compete julgar o presidente da República nos crimes de responsabilidade (art. 42, I e 83). Ao presidente se reconhece o poder de “vetar projetos de lei”, exatamente como um monarca que tivesse uma participação positiva na legislação (JELLINEK), além de “conceder indulto e comutar penas” (art. 81, IV e XXII). O Judiciário tem o poder de examinar a constitucionalidade das leis, mesmo em tese, o que equivale a exercer uma atividade legislativa.

Ainda ao Legislativo, a par de editar as leis, cabe julgar no **impeachment** e através dos Tribunais de Contas: se, no primeiro caso, a atividade jurisdicional tem a informar-lhe matéria política, no segundo tal não ocorre. A atividade desses tribunais é nitidamente jurisdicional e a matéria não é política, nem administrativa. Situa-se, antes, no campo próprio da atividade do judiciário, como tem entendido, reiteradamente, o Supremo Tribunal Federal. Assim, por exemplo, em decisão de pleno, manifestando-se sobre pedido de segurança, em caráter preventivo, contra orientação adotada pelo Tribunal de Contas da União com relação a aposentados, predicou:

“Em matéria de sua estrita competência, o pronunciamento do Tribunal de Contas comporta-se na faixa da independência dos Poderes, somente dando ensejo à sua correção judicial o caso já dirimido.” (R. T. J., 59/643 — Ac. Unân. no M. S. n.º 19.889 — DF.)

Ainda em formação plena, proclamou que:

“Ao apurar o alcance dos responsáveis pelos dinheiros públicos, o Tribunal de Contas pratica ato insuscetível de revisão na via judicial a não ser quanto ao seu aspecto formal ou tísna de ilegalidade manifesta”. (R. T. J., 14/96 — Ac. Unân. no M. S. n.º 7.280 — GB).

Esta decisão, aliás, buscou apoio em outro aresto do mesmo Tribunal, proferido no Mandado de Segurança n.º 6.960 e onde se sublinhou que:

“... a decisão sobre a tomada de contas de gastos de dinheiros públicos constituindo ato específico do Tribunal de Contas da União, ex-vi do disposto no art. 7 n.º II, da Constituição Federal, é insuscetível de impugnação pelo mandado de segurança, no concernente ao próprio mérito do alcance apurado contra o responsável, de vez que não cabe concluir, de plano, sobre a ilegalidade desse ato salvo se formalmente eivado de nulidade substancial o que, na espécie, não é objeto de controvérsia.”

De referir, também, acórdão da mesma Corte, proferido no Mandado de Segurança n.º 5.916, onde se proclamou que:

“A Constituição Federal dispensa proteção especial aos direitos do cidadão, através do mandado de segurança, contra ato de qualquer autoridade, desde que ocorra ilegalidade ou abuso de poder. Esses pressupostos, porém, não ocorrem na decisão do Tribunal de Contas, que, na atribuição constitucional e no exercício normal de sua jurisdição, entende de negar registro a reforma de militares com vantagens que considera desapoiadas em lei.” (Rev. For., 194/120).

Nesse acórdão, o Ministro Vilas Boas torna a sustentar a tese que apoia:

“O Tribunal de Contas tem funções judicantes, que lhe dá a Constituição. Não é decisão administrativa qualquer, a que profere, mas, decisão com força de res judicata.”

Seja como for, porém, basta — como reconheceu à unanimidade, em Tribunal Pleno — que o Tribunal de Contas exerça jurisdição para que se compreenda que esta não é atividade privativa do órgão Judiciário. Neste sentido ainda se pode referir outra manifestação do mesmo S.T.F., qual a estampada na Rev. For. 195/165, onde se reafirma a tese esposada no M.S. n.º 6960, já antes citado. Decorre, pois, daí que o Tribunal de Contas — que não integra o Poder Judiciário — tem funções judicantes, atribuíveis, assim, ao Poder Legislativo, como dito antes.

É esta a lição de PONTES DE MIRANDA (*Comentários à Constituição de 1967, com a emenda de n.º 1 de 1969*. 2.ª ed. São Paulo, R.T., 1970. v.3, p.261).

“As espécies mencionadas no art. 72, § 8.º, são de julgamento tal como se passa com as deliberações do Tribunal de Contas, nas espécies de que cogita o art. 70, § 4.º... Tribunal de Contas, se bem que órgão de fiscalização, é tribunal, julga...” Por isso ter anotado RUY CIRNE LIMA que,

“normalmente competente ao Poder Executivo, a administração pública não se lhe conumera porém entre as atribuições privatistas. Deixam os textos constitucionais suposta a pertinência dessa atividade ao círculo das funções daquele poder do Estado... Embora impropriamente, com efeito, pode dizer-se que o Poder Legislativo e o Judiciário administram também, quer por forma peculiar, quer forma corrente; quer no desempenho da função própria, quer encarregadas aos respectivos órgãos funções em princípio cabíveis ao Poder Executivo”.

(CIRNE LIMA, Ruy. *Princípios de Direito Administrativo*. 4.ª ed. Porto Alegre, Sulina, 1964. p.23)

E acrescenta:

“Possuem... o Poder Legislativo e o Judiciário atribuições administrativas, suscetíveis de enquadrar-se dentro do

conceito corrente de administração pública: — a lei do Congresso Nacional autoriza os empréstimos públicos (art. 65, VI, Const. Federal); a sentença do Poder Judiciário supre a aprovação da autoridade administrativa aos estatutos de fundações (art. 7, § único, Cód. Civ.). Aos órgãos legislativos e aos tribunais judiciários, por melhor assegurar-lhes a independência, conferem-se, também, de outro lado, funções normalmente competentes ao Poder Executivo. Destarte, à Câmara dos Deputados e ao Senado Federal compete nomear os funcionários de suas secretarias (art. 40, Const. Fed.) e aos Tribunais organizar, além das secretarias, os cartórios e a supressão de cargos (art. 97, II, Const. Fed.)”

Interessante, porém, é observar a supremacia do Poder Executivo sobre os demais — ao menos no plano das funções juridicamente exercidas. As leis e as decisões judiciais têm o caráter de atos de império: a primeira ordena uma regra jurídica; a segunda subsume um caso concreto sob a norma abstrata, e decide, isto é, fixa de modo autoritário o direito, e diz qual é a força que lhe corresponde em virtude da autoridade do Estado e as conseqüências jurídicas que se hão de seguir. Mas a situação central nessas questões corresponde à administração. Houve épocas em que a legislação era completamente desconhecida; só em razão de amplo desenvolvimento cultural foi que apareceu, junto ao direito consuetudinário, o direito legislado. Outro tanto acontece com as decisões judiciais. Na evolução social podem, igualmente, encontrar-se grandes períodos de tempo em que, em nenhuma circunstância, necessitou o juiz mostrar a sua atividade. A administração, porém, precisa ser exercida. Sem ela o Estado não poderia existir.

Como lembra JELLINEK, pode-se conceber um Estado despótico, sem leis nem juizes; porém um Estado sem administração seria a anarquia. A administração, portanto, é a **função mais compreensiva**. Toda preparação das leis compete a ela; a atividade do juiz é apoiada por ela e, por fim, ela é que assegura a execução das decisões judiciais (Teoria General del Estado, Buenos Aires, 1970, pág. 463). Historicamente, vamos encontrar, apenas, a atividade administrativa. Desta se desdobram a legislativa e a judicial.

O contencioso administrativo, pois, como uma jurisdição contenciosa administrativa, instituída no âmbito do Poder Executivo, ao lado (= com autonomia) da jurisdição judicial do Poder Judiciário, é perfeitamente compatível com o princípio da separação dos poderes, posto no artigo 6.º e seu parágrafo único da Constituição emendada de 1969, desde que observado o conteúdo jurídico desse princípio, e não o apriorismo purista de concepções caudatárias de outras ciências que não a do Direito.

— III —

O CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO CONSTITUCIONAL E O PRINCÍPIO DA INAFSTABILIDADE DO CONTROLE JUDICIAL

A compatibilidade do contencioso administrativo com o nosso sistema constitucional deve, ademais, ser examinada à luz do princípio da inafastabilidade do controle judicial, tal como colocado no § 4.º do artigo 153 da Carta Magna, *verbis*:

“Art. 153 —

§ 4.º — A lei não poderá excluir da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão de direito individual”.

Já se viu que, por norma de mesma hierarquia constitucional, qual seja o artigo 111, foi aberta a possibilidade de instituição do contencioso administrativo, para julgar “os litígios decorrentes das relações de trabalho dos servidores com a União, inclusive as autarquias e as empresas públicas federais, qualquer que seja o seu regime jurídico” (art. 110). Ora, seria absurdo que a Lei Maior viesse de se preocupar em abrir a possibilidade institucional de um contencioso administrativo cujas decisões não fizessem coisa julgada material. Tribunais administrativos, cujas decisões fazem coisa julgada formal, em matéria administrativa, fiscal, previdenciária e outras, já existem de há muito na União, nos Estados e nos Municípios, e não poderia ser nesses órgãos em que estaria pensando o legislador constituinte de 1969. Vale dizer,

sob pena de superfluidade do texto, há de se entender que o contencioso administrativo, a que se refere o artigo 111 sempre em referência, seria algo novo, ainda não albergado pelo nosso ordenamento jurídico. A alternativa seria exatamente o exercício, pelo Poder Executivo, de atividade administrativa jurisdicional, de jurisdição contenciosa administrativa autônoma.

A Constituição Federal, no entanto, ao mesmo tempo que abre passo para esse novo instituto, não possui nenhuma norma de coordenação com o princípio da ubiqüidade do conhecimento judicial, posto no acima transcrito § 4.º do artigo 153. Significaria isso que o contencioso administrativo do artigo 111 estaria destinado a permanecer letra morta, esvaziado de qualquer eficácia mais relevante, na medida em que a todo tempo poderia ser preterido, pela dedução do litígio perante órgãos do Poder Judiciário? Essa pergunta é tanto mais grave, nas suas conseqüências para a instituição do contencioso administrativo, quanto se verifique que, mesmo aqueles atos e resoluções administrativos, aos quais se reconheça a qualidade de coisa julgada material administrativa, obteriam esse reconhecimento a *posteriori*, após apreciação pelo Poder Judiciário. “Há atos administrativos, resoluções, que têm tal força ou efeito. Ocorre, porém, que o conceito de coisa julgada material pertence à função judiciária, de modo que é **dentro dela**, no plano dos processos judiciais, que se pode responder se o ato administrativo produz ou não, coisa julgada material” (PONTES DE MIRANDA. *Comentários à Constituição de 1967*, com a Emenda n.º 1, de 1969. 2.ed. São Paulo, R.T., 1971. v.5, p.107). Vale dizer, o conhecimento judicial seria sempre possível, ainda que restrito à verificação de coisa julgada material administrativa.

E meridiano que essa latitude de cognição pelo Poder Judiciário praticamente invalidaria qualquer instituição que a lei fizesse de um tribunal contencioso administrativo. Em primeiro lugar, como foi acima apontado, sempre poderia ser desprezada a via contenciosa administrativa, indo-se diretamente à jurisdição judicial. Sem texto legal expresso, nem mesmo se poderia exigir a exaustão da instância administrativa, como condição de possibilidade para o apelo ao Judiciário. De outra parte, a lei que estabelecesse tal pressuposto da cognição judiciária, quan-

to à matéria contenciosa administrativa, — pressuposto esse que a jurisprudência reiterada do Supremo Tribunal Federal considerou como formalmente constitucional, sem embargo do eventual vício de inconstitucionalidade material, encontrado na espécie concreta (R. T. J., 56/80, 58/692, 59/301, 71/263) —, deveria ser norma de edição federal, eis que atinente às condições da ação, em matéria de direito processual civil (Constituição Federal, art. 8.º, XVII, b). Em segundo lugar, mesmo onde a lei fixasse prazo cominatório, seguido da sanção da preclusão administrativa, ou naqueles casos em que se reconhecesse às decisões contenciosas administrativas o caráter de coisa julgada administrativa, ainda assim estaria aberto o caminho do Poder Judiciário, no mínimo para que se verificasse se houve as alegadas preclusão ou coisa julgada administrativas.

MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO, comentando o artigo 111 da Constituição Federal, bem exprime a perplexidade do intérprete, em face da possibilitada instituição do contencioso administrativo, nomeadamente quando confrontada essa inovação constitucional com a garantia posta no artigo 153, § 4.º, *verbis*:

“A impressão que se tem é a de que o constituinte pretendeu substituir a apreciação de tais litígios pela Justiça Federal comum, que com eles fica sobrecarregada, pelo seu deslinde por meio de órgãos administrativos. Mais ainda, quis dar à decisão prolatada por estes a força de julgamento. Disto adviriam sérias conseqüências jurídicas, inclusive a questão da coisa julgada.

Entretanto, permanece na Constituição a regra estabelecida no artigo 153, § 4.º, que proíbe seja sonogada ao Poder Judiciário a apreciação de qualquer lesão a direito individual. Assim, inexistindo exceção expressa, a decisão de tais órgãos administrativos não poria termo definitivamente ao litígio, ao menos quando vencido o servidor, já que sempre subsistiria o recurso ao Judiciário. Isso evidentemente esvazia o preceito em estudo de sua valia, eis que não aliviaria o peso das questões de trabalho que sobrecarregam a Justiça Federal comum.

Esta, com efeito, teria de conhecer e julgar as ações propostas por todos os que permanecessem insatisfeitos com a decisão do contencioso administrativo” (FERREIRA FILHO, *Comentários à Constituição Brasileira*. São Paulo, Saraiva, 1974. v.2, p.225)

A questão que se impõe, portanto, é a de como compatibilizar o contencioso administrativo do artigo 111 da Constituição Brasileira, entendido como exercício de jurisdição contenciosa administrativa, da qual resulta coisa julgada material, com o princípio da inafastabilidade do controle judicial, o qual se faria sempre presente, com a virtude de desconstituir a materialidade da coisa julgada administrativa, mesmo lá onde essa fosse reconhecida como da própria natureza da decisão administrativa. É meridiano que o posicionamento da questão nesses termos implica em contradição insuperável: a de que o legislador constituinte quis permitir a instituição de um contencioso administrativo com eficácia jurisdicional material em suas deliberações, sob pena da superfluidade da regra do artigo 111, na forma antes exposta, e frustrou o seu próprio intento ao não prever norma de coordenação desse artigo com o § 4.º do artigo 153. Ora, não há de se entender, como manda a boa hermenêutica constitucional, que o texto da Lei Maior se contradiga. A ocorrência de uma verdadeira antinomia entre normas conduziria, em hipótese inaceitável a nível de Lei Maior, pela magnitude de suas conseqüências, à aplicação da regra que preceitua a recíproca anulação de ambos os preceitos. (NAWIASKY, Hans. *Teoria General de Derecho* Madrid, Rialp, 1962. p.200; VERNENGO, Roberto José. *Curso de Teoria General de Derecho*. Buenos Aires, Cooperadora de Derecho e Ciencias Sociales, 1972. p.347). Por isso mesmo o mestre CARLOS MAXIMILIANO, com amparo em CHARLES HUGHES, já lecionava, comentando a primeira Constituição Republicana, que “o todo deve ser examinado com o intuito de obter o verdadeiro sentido de cada uma das partes. ‘A Constituição não destrua a si própria. Em outros termos, o poder que ela conferir com a mão-direita, não retira, em seguida, com a esquerda’. Conclue-se deste postulado não poder a garantia individual, competência, a faculdade ou a proibição, exarada num dispositivo, ser

anulada praticamente por outro.” (MAXIMILIANO, Carlos. *Comentários à Constituição Brasileira*. 3.ed. Porto Alegre, Globo, 1929. p.105, n.74).

É bem verdade que a doutrina alemã, no campo da teoria geral do direito e da metodologia jurídica, aplicadas ao caso do direito público, ao tratar as contradições da ordem jurídica e das assim chamadas “lacunas de colisão” (Kollisionslücke), colocou expressamente o problema das “normas da Constituição inconstitucionais” (verfassungswidriger Verfassungsnormen): “A teoria do “concurso” de diferentes preceitos legais, com vistas à eliminação das contradições aparentes no seio da ordem jurídica, forma uma parte integrante da dogmática do Direito. A este contexto pertence também o problema, muito versado nos últimos anos, das ‘normas da Constituição inconstitucionais’, ainda que tão-só parcialmente: na medida em que se julgue poder distinguir, dentro do complexo global das regras constitucionais, normas de diferente força, fazendo-se então aplicação das regras da superioridade e da especialidade. (ENGISCH, Karl. *Introdução ao Pensamento Jurídico*. 2.ed. Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, p.257; “Die Lehre von der ‘Konkurrenz’ verschiedener gesetzlicher Bestimmungen unter Auflösung scheinbarer Widersprüche innerhalb der Rechtsordnung bildet einen integrierenden Bestandteil der juristischen Dogmatik. In diesen Zusammenhang gehört z. T. auch das in den letzten Jahren vielbehandelte Problem ‘verfassungswidriger Verfassungsnormen’, nämlich insoweit, als man innerhalb des Gesamtkomplexes der Verfassungsrechtssätze Normen von verschiedener Stärke wahrnehmen zu können glaubt und dann die Regeln von der Superiorität und der Spezialität anwendbar macht.” — ENGISCH, Karl. *Einführung in das juristische Denken*. 4. Auflage Stuttgart, W. Kohlhammer, 1968, p.159); Vale dizer, a norma superior prefere à inferior (lex superior derogat legi inferiori), e a norma especial tem precedência sobre a geral (lex specialis derogat legi generali), respectivamente. Esse posicionamento do problema, feito em relação às contradições normativas, aquelas consistentes “em uma conduta *in abstracto* ou *in concreto* aparecer ao mesmo tempo como prescrita e não prescrita, proibida ou não proibida, ou até como prescrita e proibida” (ENGISCH. Ob. cit., p.255; “ein Verhalten in abstracto oder in concreto zugleich als geboten und nicht geboten oder als ver-

boten nicht verboten oder gar als geboten un verboten erscheint.” (a. c., Einführung, p.158) exatamente porque se trata de um problema com muitas faces, pode também ser estendido às contradições de princípios da ordem jurídica, as quais se estabelecem inevitavelmente, inclusive e de novo, no próprio texto constitucional. E isso porque é exatamente nas leis constitucionais que esses supremos princípios das ordens jurídicas (v.g., justiça, oportunidade prática, segurança jurídica) se albergam, com o seu lugar mais próprio, sem no entanto que possam ser resguardados na sua pureza absoluta, ocorrendo sempre o sacrifício, total ou parcial, de um ao outro. O exemplo disso pode ser com facilidade encontrado em nossa própria Carta Magna, bastando ir aos diferentes parágrafos do artigo 153, em quase todos se surpreendendo o estabelecimento de ressalvas quanto aos direitos e garantias ali concedidos, numa permanente e compreensível solução de compromisso entre os valores imanentes à nossa ordem jurídica. O próprio transbordamento das funções materiais do Estado, em relação as fronteiras formais dos poderes, na sua divisão clássica, que foi ao início demonstrado, é outro caso explícito de relativização, pelo texto constitucional, dos princípios jurídicos ora em referência. Nesse sentido leciona KARL ENGISCH, escrevendo que “a contradição intrínseca do Direito Constitucional, com a qual já conta a formulação do problema, **pode** em todo o caso ser uma contradição nos princípios. Podem as regras da Constituição, que são emanção de idéias fundamentais, entrar em conflito não só com as regras constitucionais **escritas** (caso em que, a maioria das vezes, sem dúvida, **nos podemos socorrer das máximas da lex superior e da lex specialis**), mas também com eventuais princípios gerais não escritos da mesma Constituição” (sublinhamos) (ENGISCH. Ob. cit., p.266; “Die innere Widersprüchkeit von Verfassungsrecht mit der schon die Formulierung des Problems rechnet, **kann** jedenfalls auch eine Widersprüchlichkeit in den Prinzipien sein. Es können Verfassungsrechtssätze, die Ausfluss von Grundgedanken sind, nicht nur mit **geschriebenen** Rechtssätzen derselben Verfassung in Konflikt geraten (in welchem Falle wohl meist die Regeln von der lex superior und der lex specialis Abhilfe schaffen werden), sondern auch mit allgemeinen evtl. ungeschriebenen Prinzipien dieser Verfassung.” — aut. cit., Einführung, p.166).

Em síntese, mesmo que admitida a lacuna de colisão no texto constitucional, o caminho para a superação de antinomias dessa natureza poderá ser buscado através da maior força ou da especialidade de uma regra em relação à outra. O critério da superioridade ou maior força de uma norma jurídica residiria na possibilidade de dar forma essa a um princípio constitucional de tal eminência axiológica, que se diria pertencer a um Direito supra-legal, à maneira jusnaturalista. Tanto poderia talvez ser dito, por exemplo, quanto ao princípio da igualdade dos indivíduos perante a lei (ENGISCH, Karl., ob. cit., p. 268), também inscrito em nossa Constituição, no § 1.º do artigo 153. RAFAEL BIELSA, aliás, depois de genericamente afirmar que o Direito Natural “es evidentemente *substratum* de ciertos derechos establecidos o reconocidos en la Constitución” (aut. cit., *Metodologia Jurídica*. Santa Fé, Castellvi, 1961, p. 177), especifica de modo expresso que o direito da igualdade é um “postulado democrático en lo político, pero de Derecho Natural en su substancia jurídica” (ant. cit., ob. cit., p. 175).

Já quanto aos princípios constitucionais que, por natureza, têm um caráter meramente positivo, as contradições porventura surgentes poderiam sempre ser solucionadas, de regra, pela utilização da secular máxima hermenêutica de que a lei especial excepciona a lei geral. O professor argentino ROBERTO JOSÉ VERNENGO nos ensina que “otra técnica usual para solucionar la contradicción aparente entre dos normas de igual nivel consiste em interpretar uma de ellas como una excepción o limitación de la otra, que se considera de alcance más general” (VERNENGO, ob. cit., 11.2.4, p. 345).

De tudo isso deflui claramente que a melhor interpretação do texto constitucional do artigo 111, combinado com a garantia posta no § 4.º do artigo 153, é no sentido de se entender que o legislador constituinte quis expressamente ressaltar a atribuição de função jurisdicional ao Poder Executivo, no instituto do contencioso administrativo. Tanto o princípio constitucional da divisão dos poderes, quanto esse da garantia do recurso às vias judiciais, no entender da doutrina alemã, orientada por BACHOF, tem um caráter meramente positivo, não se podendo predicar deles a mesma característica da supralegalidade, reconhecida ao postulado da isonomia perante a lei (ENGISCH, Karl. ob.

cit., p. 267-8). Por isso mesmo, se existir regra constitucional do Poder Judiciário, *in casu* a favor do contencioso administrativo que a lei vier de estabelecer no seio do Poder Executivo, não se poderá alegar antinomia insolúvel entre os dispositivos sempre em referência, mas a sua coordenação plena, a partir do critério da especialidade. É o que decorre, a *contrario sensu*, do incisivo texto de CAIO TACITO, *verbis*:

“Embora não seja absoluta a correlação entre as funções, consideradas do ponto de vista material, e os poderes do Estado, verifica-se um critério de especialização predominante. Sempre, portanto, que uma determinada atribuição não pertença, expressamente, a outro poder, vigorará a regra genérica de competência. Se a função legislativa, administrativa ou jurisdicional não cabe, totalmente, ao Poder Legislativo, Executivo ou Judiciário, nele se integrará quando em contrário **não dispuser a norma constitucional de exceção**. Inexistindo ressalva explícita, a atribuição caberá ao órgão que execute ‘in genere’ a função respectiva, (sublinhamos). (TACITO, Caio. *Direito Administrativo*, São Paulo, Saraiva, 1975, p. 51)

Não é outra a orientação dada na espécie pelo eminente administrativista paulista, Professor HELY LOPES MEIRELLES, ao reconhecer que a Constituição da República, pelo seu artigo 111, abriu “excessão ao sistema do controle judicial, vigente entre nós desde os primórdios da República”. (MEIRELLES). *Direito Administrativo Brasileiro*. 3.ª ed. São Paulo, R.T., 1975. p. 36. Por isso mesmo, ressalvada a afirmação feita pelo mestre, de que “o que está na Constituição não se pode considerar inconstitucional” (MEIRELLES, loc. cit.), da qual discordamos, *data maxima venia*, nos termos da exposição antecedente, em tudo conforta a nossa tese o seu brilhante magistério, quando escreve, *verbis*:

“Se vier de ser criado e instalado o contencioso administrativo, nos moldes do art. 111 da Constituição da República, suas decisões finais terão força de coisa julgada e serão irrevivíveis pelo Poder Judiciário, por provirem de um órgão constitucionalmente nivelado aos da Justiça comum, para as causas de sua jurisdição e competência”. (Ibid, p. 35).

Exatamente porque se trata de uma norma de exceção, que expressamente veio de ressaltar a generalidade da garantia constitucional do § 4.º do artigo 153, a permissão trazida pelo artigo 111 da Carta Magna, de instituição legal do contencioso administrativo, será de exegese estrita. Mais do que a novidade do instituto, poderá esse postulado hermenêutico reconhecido prejudicar uma razoável aplicação do que a regra permitiu, se o rigorismo excessivo do intérprete chegar ao ponto de paralisar as suas melhores possibilidades de utilização prática. Por isso mesmo, não é demais que se repete aqui, para que fique sempre bem presente, o prudente ensinamento de CARLOS MAXIMILIANO, *verbis*:

“Interpretam-se estritamente os dispositivos que instituem exceções às regras gerais firmadas pela Constituição (...) Entretanto em Direito Público esse preceito não pode ser aplicado à risca: o fim para que foi inserto o artigo na lei, sobreleva a tudo. Não se admite interpretação estrita que entrave a realização completa do objectivo visado pelo texto”. (sublinhamos) (MAXIMILIANO, *ob. cit.*, p.110, n.81).

— IV —

O CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO CONSTITUCIONAL E O RECURSO AO PODER JUDICIÁRIO

Mesmo, no entanto, que se viesse de recusar a compatibilização feita entre a instituição do contencioso administrativo pleno e a garantia da inafastabilidade do conhecimento judicial, pela utilização do critério de especialidade da norma do artigo 111, em face da generalidade da garantia posta no § 4.º do artigo 153, ambos da Constituição da República, — seja porque se entendesse haver superioridade de natureza dessa regra sobre aquela, ou simplesmente, por se entender insuficiente a argumentação feita e inaceitável a exegese proposta —, ainda assim seria possível reconhecer ao contencioso administrativo da inovação constitucional a jurisdicionalidade material e a eficácia de *res judicata* às suas decisões. Isto se faria novamente por construção interpre-

tativa, em que se combinassem os textos dos artigos 110 e 111 da Carta Magna, sob a luz da estruturação que logo adiante foi dada, no Capítulo imediato, ao Poder Judiciário.

O sempre citado artigo 110 da Constituição emendada de 1969, ao estabelecer a competência dos juizes federais para o processamento e o julgamento dos litigios decorrentes das relações de trabalho dos servidores com a União, inclusive as autarquias e as empresas públicas federais, qualquer que seja o seu regime jurídico, também expressamente estabeleceu que a interposição de recurso, quando cabível, será feita para o Tribunal Federal de Recursos. Ora, é por tudo conseqüente que se possa entender que, das decisões finais do contencioso administrativo, que a lei viesse a estabelecer, atendendo à permissão do artigo seguinte, também caiba a interposição dos mesmos recursos ao Tribunal Federal de Recursos. Entre os juizes federais e o contencioso administrativo se dá uma mera substituição de órgão judicante, que seria em tudo igual àquelas previstas no artigo 124, § único, no artigo 125, § 3.º, com expressa menção à competência recursal do Tribunal Federal de Recursos, no mesmo artigo 125, § 4.º, e ainda no artigo 141, § 2.º, todos da Constituição da República, não fora a especificidade da passagem de uma jurisdição judicial para uma jurisdição contenciosa administrativa. Rezassem os citados dispositivos:

“Art. 124 —

§ único — Nos territórios do Amapá, Roraima e Rondonia, a Jurisdição e as atribuições cometidas aos juizes federais eaberão aos juizes da Justiça local, na forma em que a lei dispuser. O território de Fernando de Noronha compreender-se-à na secção judiciária do Estado de Pernambuco.”

“Art. 125 —

§ 3.º — Processar-se-ão e julgar-se-ão na Justiça Estadual, no foro do domicilio dos segurados ou beneficiários, as causas em que for parte instituição de Previdência Social e cujo objecto for benefício de natureza pecuniária, sempre que a comar-

ca não seja sede de Vara do Juízo Federal. O recurso, que no caso couber, deverá ser interposto para o Tribunal Federal de Recursos.

§ 4.º — Nos portos e aeroportos onde não existir Vara da Justiça Federal, serão processados perante a Justiça Estadual as ratificações de protestos formados a bordo de navio ou aeronave.”

“Art. 141 —

§ 2.º — A lei (...) instituirá as Juntas de Conciliação e Julgamento, podendo, nas comarcas onde não forem instituídas, atribuir sua jurisdição aos juízes de Direito.”

Assim como das decisões dos juízes de Direito estaduais, na hipótese do acima transcrito § 2.º do artigo 141, haveria recurso, quando cabível, para o Tribunal Regional do Trabalho, e das decisões dos juízes de Direito estaduais, nas hipóteses dos acima transcritos § único do artigo 124 e §§ 3.º e 4.º do artigo 125, haveria recurso, quando cabível, para o Tribunal Federal de Recursos, no exercício de competência recursal posta na Lei Maior (artigo 122, II); da mesma forma há de se entender que haveria recurso, quando cabível, para o Tribunal Federal de Recursos, das decisões proferidas ao final pelo contencioso administrativo legalmente instituído na forma do artigo 111, combinado com o artigo 110, *in fine*, da Carta Magna vigente. Nada obsta esse entendimento, o qual exatamente compatibiliza a natureza de coisa julgada material das decisões proferidas por contencioso administrativo com o princípio da inafastabilidade do controle judicial: “a apreciação judicial, de que fala o artigo 153, § 4.º, da Constituição de 1967, é posterior, isto é, após a coisa julgada formal administrativa, salvo se a técnica legislativa preferiu a via recursal (decisão administrativa, recurso judicial)” (sublinhamos). (PONTES DE MIRANDA, ob. cit., v.5, p.106). Por isso mesmo, também essa compreensão hermenêutica do texto constitucional evita o dilema de cairmos, como já referido, ou na superfluidade do referido artigo 111, ou na contradição insanável entre o mesmo artigo 111 e o antes transcrito §

4.º do artigo 153. O contencioso administrativo, em substituição aos juízes federais, processa e julga as causas mencionadas no artigo 110 da Carta Magna, suas decisões fazem coisa julgada material administrativa, mas delas se pode interpor recurso, se couber, ao Tribunal Federal de Recursos, sempre na forma da lei. Não se chocam, assim, a instituição de jurisdição contenciosa administrativa, no Poder Executivo, ao lado (= com autonomia) da jurisdição judicial do Poder Judiciário, e o princípio da ubiqüidade do controle judicial, pois que, como de novo bem leciona PONTES DE MIRANDA, “para que se prevejam a incidência e a invocação do artigo 153, § 4.º, as leis têm de criar, explicitamente, ação ou recurso (...). Não pode deixar de haver recurso ou ação. Ou há ação, ou há recurso”. (PONTES DE MIRANDA, ob. cit., v.5, p.115).

No entanto, mesmo que a garantia do conhecimento judicial se materialize pela via do recurso, na forma exposta, pode a lei estabelecer determinados pressupostos para a interposição desse, pelas partes litigantes, do mesmo modo como estabelece condições para a propositura das próprias ações judiciais. Dessarte se limitaria a admissibilidade dos recursos obstando-se a inconveniência manifesta de que, indiscriminadamente, todas as decisões proferidas pelo órgão contencioso administrativo cheguem à revisão recursal pelo Tribunal Federal de Recursos. Tal procedimento é amplamente conhecido na organização das instâncias recursais do Poder Judiciário, onde é inclusive matéria constitucional (Constituição Federal, artigo 119, II, c, e III, a a d; artigos 138, I a IV, e 139; artigo 143), além de ser versado na legislação processual e de organização judiciária, por exemplo, quanto à tempestividade e ao preparo do recurso, sob pena de preclusão ou deserção, respectivamente; quanto à ocorrência de renúncia ao direito de recorrer ou de aceitação expressa ou tácita da sentença ou decisão; quanto a formalidades procedimentais (Código de Processo Civil, artigos 514 e § único, 523 e § único, 531, 536, 542 e § único); quanto à existência demonstrada denexo de interdependência de interesses, para o terceiro prejudicado (Código de Processo Civil, artigo 433, § 1.º); quanto à interposição prévia de recurso pela outra parte, na hipótese do recurso adesivo (Código de Processo Civil, artigo 500 e § único). ou até mesmo quanto ao

exercício abusivo do direito de petição, pelo exame do "animus" do recorrente (Código de Processo Civil, artigo 538, § único. "Quando (os embargos de declaração) forem manifestamente protelatórios..."; Código de Processo Civil de 1939, artigo 3.º, § único e 810).

No que atine a propositura de ações judiciais, o direito brasileiro já conhece inúmeras hipóteses de condicionamento do exercício do direito de ação a determinados eventos de natureza jurídico-administrativa. Exemplo disso é a necessidade de prévio conhecimento e decisão por instância contenciosa administrativa, inclusive com o reconhecimento de certa eficácia jurisdicional material a essas decisões. Como já foi acima visto, tanto ocorre com a exigência legal da exaustão da instância administrativa, como condição para a propositura ou prosseguimento de ação, exigência essa entendida pelo Pretório Excelso como formalmente constitucional. Nesse sentido, consulte-se o artigo 108 do Estatuto da Lavoura Canavieira (Decreto-lei n.º 3.855, de 21 de novembro de 1941); o artigo 15, *in fine*, e seu § 2.º, da Lei 5.316, de 14 de setembro de 1967, com a redação que lhe foi dada pelo Decreto-lei n.º 893, de 26 de setembro de 1969, quanto às ações judiciais relativas a acidentes do trabalho; o artigo 6.º, letra a, combinado com o artigo 19 do Decreto-lei n.º 9.346, de 10 de junho de 1946; o artigo 98, letra a, combinado com o artigo 103, do Decreto-lei n.º 73, de 21 de novembro de 1966; e o artigo 18, letra a, combinado com o artigo 27, da Lei n.º 6.024, de 13 de março de 1974, relativos às liquidações extrajudiciais, respectivamente, de bancos e casas bancárias, de sociedades seguradoras e de instituições financeiras privadas e públicas não federais.

Condicionamento dessa natureza poderá também ser encontrado na legislação atinente ao remédio excepcional do mandado de segurança. De fato, a Lei n.º 1.533, de 31 de dezembro de 1951, no seu artigo 5.º, I, aliás repetindo o revogado artigo 320, II, do Código de Processo Civil de 1939, dispunha que não se daria mandado de segurança quando se tratasse de ato de que coubesse recurso administrativo com efeito suspensivo, independente de caução. Ainda que controvertido na jurisprudência, já foi o dispositivo reconhecido como válido pelo Supremo Tribunal Federal, em composição plena, por unanimidade (Arq. Judic., vol. 112/63; *idem*, vol. 115/361).

Ainda que não se tratando de jurisdição administrativa, mas de jurisdição arbitral, fenômeno semelhante de condicionamento da propositura da ação, desta vez em matéria trabalhista, pode ser encontrado no artigo 152 e seus parágrafos do antigo Estatuto do Trabalhador Rural (Lei n.º 4.214, de 2 de março de 1963), onde se estabelecia a obrigatoria submissão preliminar dos dissídios individuais a um Conselho Arbitral, para fins de acordo entre as partes.

Assim sendo, poder-se-ia dizer que é da tradição do nosso direito o estabelecimento de condições para o exercício do direito de ação, representadas pelo processo administrativo e por suas decisões. Em transposição meridianamente legítima, pode o legislador, ao instituir o contencioso administrativo, também dispor sobre condições ou requisitos de admissibilidade recursal, além dessas constantes da legislação processual comum, desde que não tenham o condão de inviabilizar a garantia oportunizada pela via do recurso ao Poder Judiciário. Tanto a dogmática, quanto a doutrina e a jurisprudência, já reconheceram diversas hipóteses dessa natureza, as quais de há muito vêm sendo utilizadas no campo da justiça administrativa, no que dão adequado atendimento às especificidades próprias do contencioso administrativo.

A exemplificação é fácil.

Em primeiro lugar, considere-se a vinculatividade das decisões de tribunais administrativos, quando contrárias às pretensões do Poder Público, e que por lei são tornadas definitivas e irrevogáveis, vale dizer, irrecorríveis pela parte vencida. Por força de lei fica o Poder Executivo subordinado a aceitar as decisões contra ele tomadas pelo contencioso administrativo organizado no âmbito de sua estrutura organizacional. Relativamente aos Conselhos de Contribuintes, leciona o professor RUY CIRNE LIMA que o fundamento da autoridade de suas decisões reside "na auto-subordinação legal da administração pública e na voluntária aceitação do julgado pelos particulares" (*ant. cit., ob. cit.*, pág. 209). É de praxe, no entanto, que essas autolimitação e auto-subordinação da Fazenda Pública devam decorrer de decisões emanadas de órgãos colegiados de instância superior, na forma da organização que se der ao tribunal administrativo, porque dessas decisões já não se

daria mais recurso (Decreto-lei n.º 607, de 10 de agosto de 1938, artigo 21). Pode, também, a definitividade da decisão administrativa, inclusive de primeira instância, decorrer de preclusão, por intempestividade dos recursos usados pelo agente público.

Vigorando a preclusão, em termos plenos, somente contra a Administração Pública, já que ao particular que perdesse os prazos recursais não se tolheria por isso a via judiciária, é oportuno lembrar aqui os institutos da prescrição e da decadência administrativas, estabelecidos expressamente por lei, abrangendo aqueles casos em que, de decisão administrativa recurso existe, mas deixa tempestivamente de ser exercitado pelo particular vencido. Trata-se inegavelmente de outra condição ou requisito de admissibilidade recursal, que também se poderia utilizar, quanto ao recurso ao Poder Judiciário, das decisões do contencioso administrativo constitucional. O artigo 110 do Estatuto da Lavoura Canavieira (Decreto-lei n.º 3.855, de 21 de novembro de 1941), por exemplo, dispõe que "a ação para anular as decisões proferidas pelas Turmas de Julgamento ou pela Comissão Executiva **prescreve no prazo peremptório de 60 dias** a contar da data da publicação da decisão no Diário Oficial da União". (sublinhamos). De outra parte, suspensas as ações e execuções já iniciadas e vedado que novas se intentassem, como efeito do despacho de liquidação de bancos e casas bancárias, **decairiam do direito de prosseguir com as mesmas, ou propor as cabíveis**, os interessados que não as exercessem dentro do prazo de trinta dias, a contar da publicação da decisão denegatória do recurso interposto para a extinta Superintendência da Moeda e do Crédito, hoje Banco Central do Brasil (Decreto-lei n.º 3.346, de 10 de junho de 1946, § único do artigo 19). Também ao instituto da decadência, em condição semelhante, se refere o parágrafo único do artigo 27 da Lei n.º 6.024, de 13 de março de 1974.

Em conclusão, nada obsta a que se adote a técnica de resolução de litígios por decisão administrativa, da qual seria possível recurso judicial. É importante que fique bem claro que essa solução não implica em retirar do contencioso administrativo constitucional a materialidade da jurisdição, nem a eficácia de coisa julgada às suas decisões. E isso porque a materialidade da jurisdição exercida pelo contencioso ad-

ministrativo decorre da substituição do órgão judicante permitida pelo artigo 111 da Constituição da República, atribuindo-se ao tribunal administrativo a competência para processar e julgar os litígios referidos no artigo antecedente. Deslocam-se os juizes federais; no espaço jurídico assim aberto introduz-se o contencioso administrativo, mas permanecem as mesmas a natureza material da jurisdição e a eficácia da decisão que solver os litígios ali mencionados, além da competência e da instância recursal. Assim, pelo fato de serem revisíveis, em grau de recurso, pelo Tribunal Federal de Recursos, não podem as sentenças dos juizes federais serem ditas como de jurisdição apenas formal, obstadas de fazerem coisa julgada. Do mesmo modo não seria pela possibilidade de recurso das decisões do contencioso administrativo, sempre ao Tribunal Federal de Recursos, que se poderia negar às mesmas a eficácia jurisdicional material, pois que esse órgão administrativo está apenas substituindo os juizes federais, no exercício de uma competência originária destes, permitida constitucionalmente aos tribunais administrativos pelo artigo 111 da Carta Magna.

Não se diga, de outra parte, que não foi lançada expressamente, na competência recursal do Tribunal Federal de Recursos, essa para conhecer e julgar as causas decididas pelo contencioso administrativo. Também não foram arroladas, no texto do artigo 122, II, as competências para julgar, em grau de recurso, as causas decididas pelos juizes estaduais, nas hipóteses dos artigos 124, § único, e 125, §§ 3.º e 4.º, do mesmo modo como também não foi explicitada a competência recursal dos Tribunais Regionais do Trabalho relativamente às decisões dos juizes de Direito em reclamatórias trabalhistas, nos termos do artigo 141, § 2.º, todos da Constituição da República. Não são contestadas, no entanto, essas competências recursais dos dois tribunais superiores referidos, as quais têm o mais amplo reconhecimento. Ademais, quanto ao fato de se estar conhecendo e decidindo, na jurisdição judicial, recurso oriundo de jurisdição de diversa natureza, qual seja a contenciosa administrativa, carece de fundamento qualquer óbice que se levante a isso, por se tratar de questão atinente à técnica de organização da prestação jurisdicional pelo Estado. Se ainda assim subsistirem dúvidas, será bom então atender à realista observação do eminente CAIO TACITO, depois de examinar a competência constitucionalmente cometida ao Tri-

bunal Federal de Recursos, no sentido de que esse Egrégio Pretório “é assim, na maior parte de suas atribuições, um Tribunal do contencioso administrativo da União, integrando, porém, dentro do sistema de jurisdição única, o Poder Judiciário comum”. (TACITO, ob. cit., p. 39).

— V —

O PROCESSO NO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO CONSTITUCIONAL

O processo administrativo, dentro do contencioso administrativo constitucional, poderá estar sujeito a regras específicas, baixadas por lei federal. Enquanto essa regração não vier, há de se entender que os atos processuais se regularão pela legislação administrativa pertinente e pela legislação processual comum, respeitada a natureza das relações jurídicas tornadas litigiosas. Assim, em se tratando de funcionário público, estatutário ou assemelhado, vigorarão o processo administrativo previsto no Estatuto dos Funcionários Públicos Civis da União (Lei 1.711, de 28 de outubro de 1952, artigos 217 e seguintes) e a legislação processual penal, no que couber, desde que se trate de matéria disciplinar. Em qualquer outro objeto litigioso, não haverá como se fugir à aplicação do Código de Processo Civil e de sua legislação complementar, com as devidas ressalvas e adequações. O pressuposto aqui é o de que o contencioso administrativo constitucional substitui plenamente os juízes federais, em toda a latitude da competência compreendida no artigo 110 da Carta Magna. Assim sendo, somos de parecer que até mesmo a cognição e o julgamento de **habeas corpus** e de mandados de segurança poderão ser cometidos ao tribunal administrativo em questão.

Nessa mesma linha de raciocínio, os servidores regidos pela legislação trabalhista terão as suas causas julgadas pelas normas processuais contidas na Consolidação das Leis do Trabalho e legislação complementar. Já os servidores, aos quais se refere o artigo 106 da Constituição Emendada de 1969, terão o processo administrativo que for mais compatível

com a definição legal dada ao regime jurídico do trabalho que prestem ao Poder Público, se a mesma lei não se encarregar de estabelecer processo administrativo que lhes seja próprio.

Dessa aplicação ao contencioso administrativo constitucional das regras processuais civis, penais e trabalhistas decorre a conclusão, anteriormente posta, de que as condições ou requisitos de admissibilidade dos recursos, que das decisões contenciosas administrativas forem interpostos para o Tribunal Federal de Recursos, serão as mesmas dos recursos civis, penais ou trabalhistas, tais como prazos preclusivos, preparo, formalidades procedimentais, etc., sem prejuízo desses especificamente estabelecidos em atenção à natureza própria da jurisdição contenciosa administrativa.

Os conflitos de atribuições, porventura ocorrentes entre o contencioso administrativo constitucional e quaisquer autoridades judiciárias ou administrativas, serão decididos na forma dos artigos 119, I, f e 122, I, e, ambos da Carta Magna.

— VI —

ORGANIZAÇÃO, COMPETÊNCIA E GARANTIAS DO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO CONSTITUCIONAL

Como já examinado, a regra constitucional limitou-se a autorizar a criação de um contencioso administrativo, sem editar normas suplementares, capazes de indicar rumos ao legislador ordinário, ao contrário do que procedeu ao definir os órgãos integrantes do Poder Judiciário. Contentou-se em delimitar a matéria de competência do órgão encarregado de proceder a justiça administrativa.

Todavia, levando-se em conta que o contencioso administrativo, integrante do Poder Executivo, é órgão de **substituição**, ao qual se incumbe parcela da atribuição materialmente afeta ao Poder Judiciário, deve se entender que a estrutura de tal órgão guarde simetria com aquele que substituiu, naquilo em que for pertinente. Poderá se organizar, pois, o contencioso em duas instâncias, reservada a segunda, em

princípio, à apreciação das causas em grau de recurso, podendo, todavia, por exceção, editar a lei hipóteses de competência originária.

Quanto à competência, fixada em razão da matéria, será para “o julgamento dos litígios decorrentes das relações de trabalho dos servidores com a União, inclusive as autarquias e as empresas públicas federais, qualquer que seja o seu regime jurídico...” (arts. 110 e 111, da Constituição Federal).

Segundo entende o Professor CRETELLA JUNIOR, “...concretizada a aspiração constitucional haveria uma espécie de jurisdição especial, uma Justiça Trabalhista Administrativa para resolver somente os litígios entre a União, autarquias federais e empresas públicas federais (de um lado) e servidores públicos dessas entidades, de outro”.

“Logo de início — conclui o mestre — estariam excluídos todos os funcionários públicos, cujo regime jurídico é diverso do regime jurídico dos servidores públicos... Haveria uma justiça muito específica, muito restrita, nos moldes da Justiça do Trabalho...” (“O Contencioso Administrativo na Constituição de 1969”, in R.D.A., 104/30).

Parece, todavia, sem razão a crítica porque, de nenhuma forma se encontra no texto constitucional a limitação pretendida. Servidor é termo genérico, a englobar todos os prestadores de serviço público, quer funcionários, *stricto sensu*, quer servidores regidos pela Consolidação das Leis do Trabalho ou, ainda, por outro regime jurídico que vier a ser estabelecido em lei especial, como determina o art. 106 da Constituição Federal. O art. 108, § 2.º da mesma Constituição, aliás, autoriza tal exegese, quando edita norma para **provimento de cargos, criados por lei, mediante concurso público**. Tal norma se dirige ao Senado Federal, à Câmara dos Deputados, às Assembleias Legislativas e às Câmaras Municipais, provendo sob a forma de admissão dos respectivos “servidores”.

Está aí, por forma eloqüente, esclarecida a técnica do legislador constituinte, despreocupado de, em cada caso, usar as expressões consagradas para cada espécie, satisfeita com o termo genérico, ou, pelo

menos, algumas vezes isto acontece como no caso específico apontado. Esse entendimento, aliás, tem sido pacífico, quer na doutrina, quer na jurisprudência, estando assim assentado em muitos pronunciamentos do Supremo Tribunal Federal; nomeadamente no exame das questões emergentes da estabilidade excepcional, outorgada pelo § 2.º, do art. 177, da Constituição de 1967.

De resto, *data maxima venia*, não se atina com a pretendida limitação da matéria versada no art. 111, quando fala o dispositivo invocado em “servidores... qualquer que seja o seu regime jurídico”.

Ora, por elementar princípio de hermenêutica, não deve o intérprete presumir palavras inúteis no texto legal.

Questiona também o mestre CRETELLA JUNIOR, no mesmo artigo antes citado, a exclusão dos empregados das sociedades de economia mista dentre os servidores públicos a que se refere o art. 110 da Constituição da República (R.D.A., 104/47). Decorre essa exclusão exatamente de não haver sido posta na competência dos juizes federais, em nenhum momento, o processamento e a decisão de causas em que sociedades de economia mista federais fossem interessadas, na condição de autoras, rés, assistentes ou oponentes. Relativamente às entidades da administração indireta federal, a Constituição Emendada de 1969, no seu art. 125, I e IV, somente se refere às entidades autárquicas e empresas públicas federais, atendendo ao maior grau de publicização dessas pessoas jurídicas, comparadas com as sociedades de economia mista. Ora, o constituinte quis atribuir ao contencioso administrativo, cuja criação permitiu no art. III da Carta Magna, unicamente as atribuições jurisdicionais desempenhadas pelos Juizes Federais. Se a estes não compete a cognição e o julgamento das causas envolvendo as sociedades de economia mista, como partes autoras ou rés, ou como assistentes ou oponentes, como poderia o contencioso administrativo receber mais essa parcela competencial? A substituição de órgão judicante, a que sempre aqui se faz referência, estaria sendo realizada de modo imperfeito, pelo acréscimo ilegítimo de atribuição jurisdicional.

Ressalte-se, no entanto, que em um caso bem determinado a competência do contencioso administrativo poderá ser estendida, até al-

cançar os empregados das sociedades de economia mista da União. É a hipótese que decorre da emergência no litígio de interesse da União, quando, então, intervém essa como assistente ou oponente, deslocando o foro para a Justiça Federal, ex vi do artigo 125, I, da Constituição da República. A esse respeito o Supremo Tribunal Federal, em sua Súmula n.º 517, já firmou o entendimento de que "as sociedades de economia mista só têm foro na Justiça Federal, quando a União intervém como assistente ou oponente."

Portanto, em conclusão, intervindo a União como assistente ou oponente em litígio decorrente de relação de trabalho entre servidor público e sociedade de economia mista federal, deslocar-se-á a causa, do foro onde estiver, para dentro da jurisdição contenciosa administrativa.

Com respeito às garantias com que se há de cercar os componentes do órgão contencioso administrativo, deverão ser elas compatíveis com a natureza da investidura: não se precisará falar em vitaliciedade porque tais órgãos poderão, a vontade do legislador, ser integrados, inclusive, por pessoas não pertencentes aos quadros dos servidores da administração. Sua investidura será, assim, temporária.

Ser-lhes-á assegurada, entretanto, a permanência no cargo, pelo tempo da investidura, ressalvada a sua perda nos casos que a lei estabelecer, como penalidade, a exemplo do que ocorre com os membros do Poder Judiciário.

Como garantias acessórias, mas necessárias — todas elas a preservar a independência para julgar — entende-se deva a lei prover por forma a assegurar a irredutibilidade de vencimentos e a inamovibilidade — com as ressalvas que se fizerem necessárias quanto à última garantia como, de resto, provê a Constituição com respeito aos membros do Poder Judiciário.

— VII —

O CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO CONSTITUCIONAL NOS ESTADOS MEMBROS E NOS MUNICÍPIOS

A permissão constitucional, já vimos, possibilita a criação de jurisdição contenciosa administrativa para o julgamento de litígios de-

correntes das relações de trabalho dos servidores com a União. No entanto não confere, aí, aos Estados membros, Distrito Federal e municípios, a faculdade de adoção de tal critério jurisdicional.

É certo que aos Estados são dados poderes para organizar os serviços públicos e a Justiça, respeitados os princípios estabelecidos na Lei Maior. Só não lhes é permitido o que expressa ou implicitamente é vetado.

A Constituição define as atribuições e competências dos Poderes. Evidentemente que tais regras jurídicas constitucionais só podem ser alteradas por outras normas do mesmo porte hierárquico.

O silêncio da Carta Magna vigente, quanto à aplicabilidade da nova forma de jurisdição aos Estados, não deixa dúvida de que estes, no exercício da autonomia, em relação à matéria que lhes é própria, podem valer-se do paradigma federal e adotar igual critério.

Em relação aos Estados membros são aplicáveis as conclusões genéricas a que chegamos a partir da análise do contencioso administrativo, tal como previsto na Constituição Federal, com as seguintes ressalvas:

- a) — mediante permissão expressa as Constituições Estaduais, poderão os Estados membros, por lei, instituir contencioso administrativo, o qual se substitua aos juizes de Direito no exercício da competência para julgar os litígios decorrentes das relações de trabalho público dos seus servidores, estatutários ou assemelhados, inclusive os servidores autárquicos;
- b) — se for adotada a técnica do recurso judicial das decisões administrativas, a permissão constitucional de criação de contencioso administrativo estadual deverá indicar a qual órgão judiciário estadual, de segunda instância, serão interpostos os recursos das decisões contenciosas administrativas, por se tratar de matéria de organização judiciária;

- c) — exclui-se da competência das jurisdições contenciosas administrativas estaduais o julgamento de litígios envolvendo servidores regidos pela Consolidação das Leis do Trabalho, inclusive das autarquias e empresas públicas estaduais, visto que tal competência não se connumera dentre aquelas cometidas aos juizes de Direito, continuando integralmente como atribuição da Justiça do Trabalho.

Já os Municípios não poderão incorporar o sistema de jurisdição contenciosa administrativa porque, não dispondo de jurisdição ordinária, não lhes cabe substituição jurisdicional.

Poderão, isto sim, através de suas leis orgânicas, ou similares, remeter, mediante permissão constitucional do Estado membro que integrar, o julgamento dos conflitos que mantiverem com seus servidores, aos contenciosos administrativos estaduais, observada a competência destes.

Por tais razões, “*data venia*”, não parece procedente a questão formulada pelo Professor Hely Lopes Meirelles, segundo a qual a criação dessa nova Justiça Administrativa “traria uma discriminação indesejável entre servidores federais e servidores dos Estados e Municípios, ficando aqueles sujeitos ao contencioso administrativo e estes ao Poder Judiciário para o deslinde das questões funcionais”.

— VIII —

— CONCLUSÕES —

CONSIDERANDO que o Poder do Estado é uno e indivisível, e que daí decorre a relativização, no plano jurídico, do princípio da separação dos poderes estatais, em cujos limites formais sempre se encontram mescladas as funções legislativa, judiciária e administrativa.

CONSIDERANDO a maior compreensividade material da função administrativa do Estado, em face das funções legislativa e judiciária, que historicamente se desdobram daquela;

CONSIDERANDO que a norma do artigo 111 da Constituição da República é norma de exceção, que pela sua especialidade expressamente ressalva o princípio constitucional da inafastabilidade do controle judicial, posto no § 4.º do artigo 153 da Carta Magna;

CONSIDERANDO que a instituição do contencioso administrativo constitucional, permitida pelo artigo 111 sempre em referência, se faz por uma substituição de órgão judicante, transferindo-se dos juizes federais para o órgão contencioso administrativo a competência jurisdicional prevista no artigo 110 da Carta Magna.

CONSIDERANDO que os Estados membros exercem, como autonomia que lhes é própria, todos os poderes que não lhes sejam expressamente vedados pela Constituição da República, inclusive no que se refere à organização do exercício jurisdicional judicial ou contencioso administrativo, bem como a existência do paradigma federal;

É de se concluir, pois, que:

1.º — a instituição do contencioso administrativo, permitida pelo artigo 111, é plenamente compatível com o princípio constitucional da separação dos poderes, posto no artigo 6.º e parágrafo único, e também com o princípio constitucional da inafastabilidade do controle judicial, a teor do § 4.º do artigo 153, todos da Constituição da República;

2.º — o contencioso administrativo constitucional, instituído na forma do artigo 111, quanto à competência posta no art. 110, ambos da Constituição da República, exerce jurisdição administrativa material plena e suas decisões têm a eficácia de coisa julgada material;

3.º — das decisões do contencioso administrativo constitucional, com base no entendimento de que se poderá adotar o sistema de decisão administrativa com recurso judicial, será interposto recurso para o Tribunal Federal de Recursos;

4.º — o recurso interposto das decisões do contencioso administrativo constitucional ao Tribunal Federal de Recursos estará sujeito às condições ou requisitos de admissibilidade previstos na legislação processual comum, sem prejuízo do estabelecimento de novas condições ou requisitos, os quais atendam a especificidade da jurisdição contenciosa administrativa;

5.º — ressalvada a edição de lei especial, o processo administrativo no contencioso administrativo constitucional será regulado pela legislação estatutária e pela legislação processual comum, civil, penal e trabalhista;

6.º — o contencioso administrativo constitucional se organizará à semelhança do Poder Judiciário, estabelecendo-se duas instâncias, reservada a segunda, em princípio, à apreciação das causas contenciosas administrativas em grau de recurso, sem prejuízo da criação legal de hipóteses de competência originária;

7.º — o contencioso administrativo constitucional terá competência para julgar os litígios decorrentes das relações de trabalho dos servidores com a União, inclusive as autarquias e as empresas públicas federais, compreendendo-se na expressão "servidores" todos os prestadores de trabalho público, isto é, os funcionários estatutários *stricto sensu* e os assemelhados, os regidos pela Consolidação das Leis do Trabalho, e aqueles cujo regime jurídico vier a ser instituído por lei especial, na forma do artigo 106 da Constituição da República;

8.º — os litígios envolvendo os servidores das sociedades de economia mista federais, atinentes a relações de trabalho, não poderão ser conhecidos e julgados pelo contencioso administrativo constitucional, a não ser que a União intervenha como assistente ou oponente;

9.º — aos integrantes dos órgãos que compõem o contencioso administrativo assegurar-se-ão as garantias de permanência no cargo pelo tempo da investidura, irredutibilidade dos vencimentos e inamovibilidade, em simetria com o que estabelece a Constituição da República com relação aos membros do Poder Judiciário;

10.º — o contencioso administrativo poderá ser instituído pelos Estados membros, por lei sua, mediante expressa permissão das Constituições Estaduais, onde se especificarem a competência jurisdiccional dos juizes de Direito transferida ao órgão contencioso administrativo e, se for o caso, o órgão judiciário que servirá de instância recursal para as decisões do contencioso administrativo;

11.º — o contencioso administrativo estadual poderá processar e julgar os litígios decorrentes das relações de trabalho público dos servidores municipais com os Municípios, inclusive as autarquias e as empresas públicas municipais, desde que haja permissão expressa para tanto nas Constituições Estaduais, complementada por disposição legislativa municipal, orgânica ou especial;

12.º — não se compreenderá na competência do contencioso administrativo estadual o processo e o julgamento de causas entre servidores regidos pela legislação trabalhista e os Estados e Municípios, bem como suas autarquias e empresas públicas, para os quais litígios continua competente a Justiça do Trabalho.

Porto Alegre, em 11 de julho de 1976.

PRESSUPOSTOS LÓGICOS E EPISTEMOLÓGICOS DA LINGUAGEM JURÍDICA

(conclusão do número anterior)

NORBERTO LUIZ GRIFFA

Professor da Faculdade de Direito e Ciências
Sociais da Universidade de Moron
Advogado em Buenos Aires

TERCEIRA PARTE

Até agora nos dedicamos a observar o direito atendendo fundamentalmente à sua estrutura lógico-formal. Por isso, consideramos que é preciso atentar para os conteúdos normativos e as conseqüentes questões relativas à hermenêutica jurídica. Para isso trabalharemos com uma teoria do significado de tipo idealista, observando as implicações que lança sobre a teoria geral do direito.

Trataremos agora da teoria da significação desenvolvida por Husserl na primeira de suas investigações lógicas (**Expressão e Significado**), e nos fixaremos nesta etapa de seu pensamento com a clara consciência da distância existente entre este primeiro Husserl e o filósofo da Krisis.

Tomamos este ponto de partida, porque estamos convencidos da importância de extrair conclusões para a ciência do direito a partir de um nível mais geral, chame-se este epistemologia ou metafísica.

Quanto ao desenvolvimento da teoria do significado, como aparece nas Investigações, ressalvemos que se fará uma apresentação sintética, permanecendo na penumbra algumas de suas dificuldades mais notórias.

Analisemos, inicialmente, uma assertiva básica, à guisa de introdução: "todo o signo é signo de algo". Caso contrário, o signo seria um conjunto de sons ou de meras inscrições. Feita esta postulação, o importante é distinguir duas categorias de signos: o signo indicativo, chamado "sinal", e o significativo, as expressões. Ou seja, teremos de um lado os signos sinais e, de outro, os signos expressões, mas só estes últimos têm o caráter de serem significativos; os sinais, ao contrário, são indicativos, "não expressam".

Que é o signo-indicação? Estamos diante de um sinal, quando um objeto ou uma determinada situação objetiva para o indivíduo, que o está percebendo, indica outro objeto ou outra situação objetiva (1). Simplificando, no sinal um objeto indica outro objeto. As nuvens podem indicar chuva, a fumaça pode ser sinal de fogo, e assim, sucessivamente, encontraremos muitos objetos indicativos de outros objetos ou situações objetivas.

Assim solucionamos apenas a metade do assunto, porque podemos interrogar-nos sobre como se produz esta relação indicadora. Aqui entra em jogo o fator motivação. Um objeto "motiva" a existência de outro objeto para o sujeito que percebe o primeiro. Dizemos, um objeto "mostra" outro objeto. Na essência do sinal se produz um fenômeno de "mostração", não de demonstração. Quando demonstramos algo, estabelecemos uma relação de fundamento, a consequência entre as proposições. Em troca, o sinal "mostra" através de um objeto outro objeto, sem necessidade de que o sujeito que percebe realize nenhuma operação intelectual. Põe em funcionamento um mecanismo de motivação.

Por sua vez, no plano dos fatos signícos explicativos da gênese do sinal, encontramos a associação de idéias. O sinal revela um fenômeno associativo, produtor da unidade dos objetos (indicativo-indicado) como co-pertinente. O simples caso do convencional paninho atado ao dedo, para recordar algo, seria um exemplo dessa situação.

(1) Husserl, Edmund, *Investigaciones Lógicas*. 1.ª Investigación (Expresión y significación). Edición castellana Selecta de la Revista de Occidente. Madrid. 1967, pág. 317.

Quando se fala da linguagem dos animais, parece que a mesma se mantém a nível de sinal, e conseqüentemente, a nível da prática associativa, porém o animal não pode entender os signos significantes e as expressões como tais.

Indo às expressões, enfrentamos uma dupla relação: primeiro, o fato físico, a palavra escrita ou falada. Segundo, juntamente com o elemento sensível, a vivência signíca. Esclarecemos: dentro das expressões, eliminamos qualquer tipo de linguagem exteriorizada com atitudes ou gestos, que muitas vezes acompanham a emissão de palavras no discurso ou na conversação. Os gestos são sinais de emoções ou reações instintivas do emissor, mas não têm a propriedade de serem significativas no sentido indicado.

Se observamos a linguagem na atividade comunicativa, todos os elementos sensíveis podem operar, para o agente, como signo-sinais dos pensamentos ou vivências em geral do que fala. Minhas palavras podem ser tomadas como signos significativos de uma série de processos mentais que ocorrem em meu cérebro, assim como a essência de um sinal denota um objeto indicativo de outro.

Numa primeira aproximação da questão, pensamos que na linguagem comunicante os signos são sinais indicativos de vivências signícas. Por isso Husserl chama de **função notificativa** a esta funcionalidade indicadora das expressões verbais. Qual é o conteúdo da notificação? As vivências signícas notificadas. (2) O ouvinte percebe o notifi-

(2) Husserl, Edmund. *Investigaciones Lógicas* — 1.ª Investigación. Edición citada. "Se consideramos este nexa, reconhecemos em seguida que todas as expressões, em um discurso comunicativo, funcionam como sinais. São, para aquele que escuta, sinais dos pensamentos daquele que fala: quer dizer, sinais das vivências signícas que dão sentido — como das demais vivências signícas, todas as quais pertencem à intenção comunicativa. A função notificativa. O conteúdo da notificação são as vivências signícas notificadas. O sentido do predicado notificado pode tomar-se em sentido estrito ou amplo. Em sentido estrito, o limitamos aos atos de dar sentido; em troca, no sentido amplo podemos compreender todos os atos daquele que fala, todos os atos que, baseando-se num discurso (e, eventualmente, porque o discurso os anuncie), o ouvinte pode "supor no que fala" (págs. 325 e 326).

cado da mesma maneira que a pessoa notificante. Percebe as vivências signicas através de seus signos. Tudo isto não quer dizer, em absoluto, que se trata, necessariamente, de uma percepção adequada.

A partir da função notificativa dos signos na comunicação, começa a despontar a análise husserliana da linguagem. De uma forma intuitiva se pode captar uma diferença entre a função notificativa e o significado das expressões. Tomemos o discurso monológico: na vida solitária da alma, as expressões não cumprem uma função notificadora das vivências, já que há uma identidade entre expressão e vivência. Neste caso, o signo aponta para "algo" mentalizado por ela, mas não se identifica com as vivências signicas, como o notificado no fenômeno comunicativo. Há uma simetria entre a significação e a comunicação. O corpo da significação pode desengajar-se do discurso comunicativo. Pode haver significado, e não comunicação, em sentido estrito.

Feito este primeiro deslinde, cabe a demarcação de dois momentos da descrição: um, atendendo o aspecto noético (subjeto) e outro, o aspecto neomático (objeto).

Assim como separamos a significação da comunicação, desprenderemos cada um destes momentos vivenciais, para chegar-se a um objeto peculiar, de natureza ideal.

Vejamos o primeiro aspecto mencionado. Podemos distinguir três tipos de atos:

- a) Os atos sensíveis de onde surgem os elementos sonoros ou as inscrições. O lado físico.
- b) Os atos de dar sentido (intenções significativas). As expressões fazem menção de algo. Mencionam algo objetivo. As expressões podem manter-se na mera menção, como puras intenções significativas, ou podem tender à intuição "presentativa" do objeto mencionado; o qual dá lugar ao terceiro tipo de atos.

- c) Os atos de cumprir o sentido. Estes atos não são essenciais para a expressão, mas tendem a alcançar sua plenitude, a atualização da referência objetiva, perspectivada no ato de dar sentido. (3)

Assinale-se que, embora estas três atividades devam ser consideradas como uma unidade, para os nossos fins consideraremos apenas a segunda. Quanto à primeira delas, é claro que podemos deter-nos no momento da representação verbal, no som, ou na inscrição exclusivamente, como desenho, ou forma espacial, mas nessa perspectiva a palavra deixa de ser palavra, para voltar a reencontrar a si mesma na intenção significativa, ou ainda no mencionado ato de dar sentido. O signo é, assim, uma expressão.

Até aqui poderíamos pensar em uma identificação entre o objeto, pensado e os atos de dar sentido. O significado das expressões seria a atividade intencional significativa de um sujeito determinado. Mas não é assim. Se tomamos um enunciado qualquer, como por exemplo: "a soma dos ângulos de um triângulo equilátero é de 180 graus" seu significado é independente do indivíduo que o emite, do lugar, do tempo e da infinita quantidade de vezes que o pronuncie. Isto estaria demonstrando que as significações se constituem como unidades, como algo unitário frente à multiplicidade dos atos de dar sentido. A significação do enunciado anterior, aparece como a unidade frente à multiplicidade, assim como o essencial frente o fático. É o idêntico-essencial na atividade intencional de dar sentido. Frente à possibilidade de infinitas atividades intencionais, o significado se mantém idêntico. Constitui-se como uma essência identificadora.

Empreenderemos agora, com o momento neomático, a referência objetiva. Já havíamos partido da premissa husserliana que "toda a

(3) Husserl, Edmund. *Investigaciones Lógicas*. 1.ª Investigación. Ed. citada. "Por outra parte, temos os atos que sem dúvida não são essenciais à expressão como tal, mas que mantêm com ela relação lógica fundamental de cumprir (confirmar, robustecer, ilustrar) sua intenção significativa, mais ou menos adequadamente, e, portanto, atualizar justamente sua referência ao objeto. A estes atos, que se fundem com os atos de dar sentido na unidade de conhecimento ou de cumprimento, chamaremos atos de cumprir o sentido". (Pág. 330)

expressão não só diz algo, mas também diz acerca de algo". Mas concomitantemente estabeleceu a falta de coincidência entre a significação e o objeto real. Tomemos dois tipos de casos bem simples:

- a) De acordo com a primeira hipótese, é possível que dois nomes tenham significados diferentes e, não obstante, se referam ao mesmo objeto, como quando dizemos "o vencedor de Jena" e "o vencido de Waterloo", para nos referirmos a Napoleão: há dois significados distintos para um mesmo objeto referencial.
- b) No caso inverso, em que duas expressões têm o mesmo significado, mas referem-se a objetos distintos, como quando se usa a palavra "cavalo" referida a "bucéfalo", num caso, e a "sendeiro" em outro: "Bucéfalo é um cavalo. Esse sendeiro é um cavalo". Da mesma maneira, a significação separa-se do objeto: não tem porque identificar-se com o objeto real. Desta forma distinguimos o objeto pensado na intenção significativa e o objeto dado intuitivamente, que cumpre o sentido impletivo da expressão. (Entende-se por sentido impletivo o que cumpre a intenção significativa da expressão).

Fica determinado assim o problema da seguinte maneira: não é possível identificar a significação com o momento noético, nem tampouco com o noemático. Nas significações, há um conteúdo intencional que implica em um tender para a objetividade, mas que não se identifica necessariamente com o objeto presentificado. Este aparece pensado "significado"; ao mesmo tempo, a significação não se assimila à atividade produtora da consciência, pois através da grande variedade de atos de dar sentido é possível pensar um mesmo e idêntico conteúdo: uma mesma significação independente do sujeito e independente também de seus valores de verdade. (4)

(4) "Agora, a referência ao objeto em um determinado modo é propriamente o que constitui o conteúdo do ato, da intenção significativa; para não confundir esta acepção

No campo da significação se produz uma síntese, identificável através dos distintos atos de referência e com independência das trocas e transformações possíveis da coisa pensada. É neste aspecto que a significação aparece com uma objetividade ideal; pode-se volver sobre ela e usá-la, mas esta se mantém objetivamente idêntica. Cada ato intencional tem seu correlato em um sentido, não identificável com a coisa material; o sentido objetivo implica uma vivência intencional, se constitui como mera menção, como sentido que não se dissolve no objeto real. É uma objetividade ideal. (5) O ser das significações é um ser ideal. Por isso, não é estranho que para Husserl o campo da significação e da linguagem se instala no mundo da lógica e dos objetos lógicos, como os matemáticos. São objetividades ideais.

A direção do pensamento de Husserl, que começa em sua fundamentação das entidades matemáticas, tem uma chave na determinação deste tipo de objetividades ideais, que constitui o campo objetual da ciência da lógica. No começo, havíamos dito que todo signo é signo de algo, da mesma maneira que a velha fórmula aristotélica, todo juízo afirma algo de algo. (6)

A preocupação do lógico, em sentido amplo, pode manter-se na esfera do juízo mesmo e, neste aspecto, atender à sua significação (o pensado) ou à sua estrutura e ao objeto real, com o qual entramos no te-

com outra, Husserl lhe dará o nome de matéria do ato. Então, a significação de uma expressão é o conteúdo de dita expressão no sentido da matéria do ato: a significação é para a expressão o que a matéria é para o ato". (Rossi, Alejandro. "Lenguaje y Significado". Ed. Siglo XXI. México, 1969. Págs. 24-25).

(5) Muralt, Andre D. "La idea de la fenomenologia". Ed. Castelhana. Centro de Estudios Filosóficos. Universidad Nacional Autónoma de México. 1963. "Na linguagem de Husserl, esta objetividade ideal é denominada "ideale Objektivität" em oposição à "Gegenständlichkeit" da coisa, do objeto material" (pág. 133).

(6) Husserl, Edmund. Investigaciones Lógicas. 1.ª Investigación. Ed. Cit. "...que uma expressão adquire referência objetiva só porque significa e que, para tanto se diz, com razão, que a expressão designa (denomina) o objeto mediante sua significação; respectivamente, que o ato de significar é o modo determinado de pensar o objeto em questão; só que este modo de menção significativa e, portanto, a significação mesma, pode mudar, permanecendo idêntica a direção objetiva." (Pág. 341)

ma da verdade. Com isto Husserl coincide com algumas idéias de Gottlob Frege. A identidade na linguagem de Frege, entre o sentido e o pensamento, remete-nos às objetividades husserlianas, da mesma maneira que quando se fala de significado (na terminologia de Frege, o objeto de referência), vincula-o diretamente com o tema da verdade e a concreta problemática da ciência. (7)

Antes de terminar este desenvolvimento, vamos assinalar dois aspectos importantes da teoria. Primeiro, a questão da vacilação da significação e, segundo, a idéia da gramática pura. Quanto ao primeiro dos tópicos, é claro que existe um conflito entre sustentar a idealidade da significação e o acontecimento reiterado da vaguidade e da ambigüidade da linguagem, assim como a ambigüidade implícita no uso das expressões ocasionais e subjetivas como "eu", "isto" etc. É claro que no caso de palavras com sentido multívoco, como "gato" ou "rico", o sentido ideal da expressão é fixado por meio da delimitação da mesma a um de seus sentidos, seja em forma contextual, seja por uma definição específica do termo.

Tudo isto nos permitiria concluir que é preciso fazer uma distinção entre expressões subjetivas e ocasionais e expressões objetivas. As segundas são compreendidas com independência da pessoa e das circunstâncias de sua manifestação; são, em geral, expressões teoréticas. As primeiras remetem à ocasião, pessoa e situação, como no caso dos pronomes pessoais ou demonstrativos, ou daquelas significações que têm referências vagas de lugar ou tempo (aqui, ali, agora, amanhã, etc.).

Reforçaria isto a hipótese de que as significações podem ser divididas em objetivas e subjetivas, fixas e ocasionais, de forma tal que as objetivas, fixas e teoréticas responderiam ao critério da unidade ideal da significação, enquanto as outras não manteriam tal caráter?

(7) Husserl, Edmund. *Investigaciones Lógicas*. 1.ª Investigación. Ed. cit. "... Artigo "sobre sentido e significado" de 1892 (pág. 31 e seg.). Esclarecimentos sobre sentido e significado. Publicado em 1969 (pág. 53 e seg.) Para Husserl, as palavras sentido e significado se identificam. Frege, em troca, as usa distintamente: o sentido mantém-se no campo do pensamento e o significado refere-se ao objeto.

Para Husserl, a vacilação da significação é, em última instância, vacilação no significar. A vacilação radica no ato que dá sentido às expressões, mas não altera a unidade significativa. Toda "expressão subjetiva, mantendo-se idêntica à intenção significativa que de momento lhe convém, pode ser substituída por uma expressão objetiva". (8)

Em cada uma das situações em que se formulem expressões desta natureza, e ainda que seu sentido se fixe dentro de um determinado "acidente", seja de pessoa ou de ocasião, não perde por isso o caráter de idealidade. Se há vacilação, esta se produzirá entre distintos significados ideais, mas então a vacilação está referida a ato do sujeito. É este quem vacila frente às distintas significações ideais possíveis. (9)

Quanto ao segundo ponto, devemos remeter-nos à quarta investigação lógica (10), onde se desenvolve outro aspecto muito importante da teoria. Vinculam-se o campo significativo e a morfologia da significação.

A rigor trata-se de algo mais que a mera vinculação ao tema tratado. Trata-se do ponto culminante da teoria do significado, mediante a delimitação dos âmbitos do sentido e do sem-sentido.

É necessário, previamente, distinguir entre o contra-senso e o sem-sentido. Tomamos exemplos de contra-senso: "círculo quadrado", "triângulo quadrilátero", "pau de ferro". Em cada um deles, os termos individuais não harmonizam com o sentido total da expressão; não se

(8) Husserl, Edmund. *Obra y edición citadas*. Pág. 384.

(9) Husserl, Edmund. *Obra y edición citadas*. "Bem observado, a vacilação da significação é propriamente uma vacilação do significar. Isto quer dizer que vacilam os atos subjetivos que dão significação às expressões, e variam não só individualmente, mas, sobretudo segundo os caracteres específicos em que reside sua significação. Mas não variam as significações mesmas." Pág. 395.

(10) Husserl, Edmund. *Investigaciones Lógicas*. Cuarta Investigación (A diferença entre as significações independentes e não independentes e a idéia da gramática pura). Edición cit. Tomo 2. Pág. 95 y sig.

pode afirmar que a mesma carece de sentido, senão que há uma impossibilidade de referência objetiva. Em troca, a esfera do sem-sentido não produz nenhum tipo de representação. O sem-sentido refere-se àquelas expressões que violentam as regras de construção sintática, como se se dissesse, "eu, bem, sinto, manhã", ou "quando, mesa, o". Cada um dos termos têm um sentido individual, mas no conjunto não produzem representação alguma. Curiosamente, a determinação do sentido aparece fundada então na estrutura sintática das expressões, conclusão esta que permite pensar em Husserl, em sua quarta investigação lógica, na idéia de uma gramática pura universal.

Deve-se mencionar que se Husserl tivesse levado adiante o programa proposto em suas investigações, poderia ter chegado a conclusões semelhantes às desenvolvidas hoje por Chomsky. (11) A gramática generativo-transformacional de Chomsky é uma expressão concreta dessa gramática universal que postulava Husserl. A respeito, e como parêntesis, esboçaremos brevemente alguns pontos desta teoria:

1) Em princípio, destaca um traço muito interessante de linguagem, sua criatividade. Basta um número finito de elementos para a produção de infinitas orações da língua. Este fenômeno não só o havia indicado Von Humboldt, senão que um médico espanhol, Huarte de San Juan, no século XVI caracterizava da mesma maneira a inteligência. Esta resultava ser um engenho, enquanto engenho significava gerar, produzir, criar. Não é estranho, como se verá logo, estabelecer uma relação entre a linguagem e a inteligência como potencialidades criadoras.

2) Tomemos três elementos da linguagem: o fonológico, o semântico e o sintático. Para Chomsky, este último será determinante dos outros dois. De que maneira? Porque em cada oração pode-se encontrar uma estrutura profunda e outra superficial. A estrutura superficial se expressa no elemento fonológico ou escrito. A estrutura profunda se integra com o componente sintático e será suscetível de uma interpretação semântica.

(11) Chomsky, Noam. "Estructuras Sintacticas". Ed. Castellana século XXI. México. 1974. El Lenguaje y el entendimiento". Ed. Castellana Seix Barral. Barcelona. 1971.

3) Como se passa de uma estrutura profunda a uma superficial? Através de um conjunto de operações reais de entendimento, que determinam um conjunto de regras transformacionais, as quais geram as infinitas frases da língua. A partir da disposição desta estrutura sintática, obtém-se uma interpretação semântica, com a característica peculiar que tal sistema de transformações resulta ser uma propriedade da mente de homem. Em definitivo, postula-se uma estrutura inata, com todas as reminiscências históricas que isso representa.

Não é nosso objetivo estendermo-nos neste enfoque, mas não podíamos deixar de fazer sua menção, pois resulta do desenvolvimento da teoria husserliana da linguagem.

Quais são as conseqüências que estas teorizações sobre a linguagem trazem ao campo jurídico? Se se admite a natureza ideal das significações, a linguagem das normas resulta em um conjunto de sentidos ideais, onde cada norma representa uma unidade significativa ideal. Tal unidade é essencial. É o invariável, através dos distintos atos de dar sentido. Tomemos a primeira parte do art. 141 do Código Penal Argentino: "será punido com reclusão ou prisão de cinco a quinze anos aquele que ilegalmente privar o outro de sua liberdade pessoal". Esta norma pode usar-se através de distintos atos de dar sentido, de diferentes atos intencionais (conforme se trata de um ato de juiz, de legislador, de cientista ou de cidadão).

Todavia, ela se mantém como uma entidade independente de ditos atos, "purificada" de toda subjetividade. Afinal de contas, é uma unidade ideal da qual se pode lançar mão quando se deseja, encontrando-se sempre a mesma e idêntica norma: o legislador ao criá-la, o juiz ao fazer sua aplicação frente a um acontecimento fático, o cidadão ante a necessidade de informar-se sobre a licitude de certo tipo de conduta, o cientista ao descrevê-la.

Ante a grande variedade de atividades possíveis, encontramos um mesmo complexo significativo, idêntico, frente a estas atividades, e portanto, identicamente essencial. Por isso, para acentuar a estrutura ideal, com caráter prévio, tem-se eliminado o processo comunicante da linguagem. Dito isto, o que significariam as normas na comunicação,

para não ficarem como simples inscrições ou vivências signicas? Cada norma representaria a vivência comum de um grupo de legisladores. De um grupo de legisladores que já não podem ter vivências, porque talvez já estejam mortos em sua maioria? Este caminho nos pode conduzir à crítica de Kelsen, à teoria da norma como mandato. (12)

A vinculação do normativo com o signico pode arrastar-nos a paradoxos muito curiosos, como pensar o mandato sem vontade, ou uma vontade sem pessoa. Uma maneira de aplicação semelhante não seria estritamente correta, de acordo com o exposto. Husserl despeja esta dimensão da notificação para reafirmar a separação entre o campo da atividade vivencial e os significados. Estas últimas marginalizam-se dos atos do homem mas, ao mesmo tempo, os atos de dar sentido "realizam", em cada oportunidade, um significado ou um conjunto de significados idênticos.

A esta altura podemos interrogar-nos então sobre se a norma, cuja exemplo vimos, pode aparecer como semelhante a uma relação matemática ou a um postulado do tipo de "a soma dos lados do triângulo equilátero é de 180 graus", ou, será que o problema das significações não se resolve de acordo com a natureza do objeto pensado? Se este, por sua vez, tem uma natureza ideal, pareceria possível falar de uma linguagem unívoca. Traslada-se o universo dos significados jurídicos ao universo dos objetos matemáticos. Isto representa um problema, pelo menos para algumas linhas de pensamento que consideram que o objeto do direito é a conduta humana. A linguagem das normas significa, neste caso, objetos materiais, condutas, valores, mas não relações ideais. De imediato, este tipo de objetividades normativas se transforma em entes sem a precisão dos entes ideais; não resistem à aplicação de um critério de univocidade. Tomemos, a título ilustrativo, os seguintes exem-

(12) Kelsen, Hans. *Teoria General del Derecho y del Estado*. Ed. castellana. Universidad Autonoma de México. Textos Universitários. México. 1969. "É a autoridade da lei que manda sobre as pessoas individuais às quais a mesma se refere. Esta idéia de que a força obrigatória emana, não de um ser humano mandante, senão de "mandato" impessoal e anônimo, está expressa nas famosas palavras "non sub homine, sed sub lege" (págs. 24 e segs. e 42).

plos: as noções de "igualdade perante a lei", "liberdade de comércio", ou "o bom pai de família", a que se recorre desde o direito romano.

A qualquer um pode ocorrer que o sentido das expressões mencionadas, de acordo com a sociedade de que se trate e o momento histórico em que a norma se aplica, é variável. O critério do "bom pai" de família romana não é o mesmo que o atual pai de família de uma sociedade industrial altamente desenvolvida. Aparentemente, o objeto pensado é idêntico: o bom pai de família.

Mas o significado não é o objeto para Husserl. O objeto está pensado. A significação, qualquer que fosse, não se identifica com o objeto (processo que, em última instância, produz-se com o ato de "cumprir" o sentido). Ainda assim, pode-se insistir na idéia de que a dificuldade de precisão, em certo tipo de expressões, provém do tipo de objeto pensado. Husserl diria que, enquanto pensado o objeto, estamos no campo dos significados e, portanto, em um terreno absolutamente ideal, não redutível nem ao sujeito, nem ao objeto real.

Mas, ainda para o caso de que se aceite a teoria da idealidade significativa, é preciso introduzir a incitante questão dos significados vacilantes. Como já dissemos, para Husserl o problema das vacilações se identifica com o vacilar. Não há significações vacilantes, há vacilações nos sujeitos. Um mesmo significado, que padece pela vagüidade ou pela ambigüidade, implica potencialmente numa infinita quantidade de significações ideais, dada uma quantidade infinita de atos de dar sentido. Se temos um termo X, podemos encontrar como significados rigorosamente ideais do mesmo, os significados a, b, c...z, de acordo com a atividade intencional de diversos indivíduos. Da mesma forma, observamos, na jurisprudência interpretações diferentes, frente a expressões vacilantes como "bom pai de família", "liberdade de comércio" ou "igualdade perante a lei".

Pode-se considerar cada uma delas como cada um dos possíveis significados ideais de uma mesma expressão. Neste aspecto, o sistema husserliano mantém-se fiel a si mesmo: cada significado, a, b, c, ... z de X, sendo X uma expressão qualquer, pode ser pensado atra-

vés de distintas atividades de consciência, de muitos indivíduos ou de uma mesma pessoa. Se se toma o sentido "a de X", é possível voltar a este de maneira semelhante a uma unidade ideal do tipo matemático e assim, sucessivamente, com os outros sentidos.

O fato de colocar a existência de significações vacilantes permitiria reservar este tipo de descrição (ideal) para os casos gerais, e para a outra classe de significados (os vacilantes) assinalar-lhes uma natureza multivoca, ocasional e integralmente dependente do sujeito? Esta classificação desvirtuaria na raiz o que Husserl trata de mostrar (13); ou seja, cada vez que estamos frente a uma nova expressão significativa, mesmo que o conteúdo seja ocasional, isto implica em uma unidade ideal. Qualquer expressão de conteúdo subjetivo pode transformar-se em uma expressão objetiva. A rigor, fica exposto, desta forma, que a natureza ideal da significação permite, teoricamente, a formulação de significados com um absoluto grau de identificação. Sem dúvida, o mesmo Husserl diz "faz falta a aptidão para formar todas estas expressões, isto é, as expressões para todas as significações que teoricamente ocorrem. Falta a aptidão para identificá-las (ou diferenciá-las) com evidência, a respeito de suas significações" . . . , "desse ideal nos achamos infinitamente distantes, risque-se do idioma as palavras essencialmente ocasionais e tenta-se descobrir qualquer vivência subjetiva de modo unívoco e objetivamente fixo. Todo o ensaio será notoriamente vão"

Não obstante a impossibilidade de chegar a objetividade total das investigações, manifestada no texto citado, a natureza ideal da linguagem se mantém intacta, funcionando, se se quiser, como uma "idéia reguladora" da qual tende a aproximar-se a atividade humana.

Ainda que se aceite a explicação de então, salvaguardada a identidade essencial da significação, esta teoria não pode ocultar a pro-

(13) Agora: coloca-se a questão de saber se estes fatos importantes da vacilação na significação são capazes de desprezar nossa concepção de significação como unidades ideais (e portanto rígidas) ou limitá-los essencialmente; no que se refere à generalidade . . . dividem-se pois, as significações mesmas em objetivas e subjetivas, em fixas e ocasionalmente variáveis? (Husserl, Edmund. *Investigaciones Lógicas*. 1.ª Investigación. Edición castellana citada. Pág. 383).

blemática das incertezas significativas que tanta importância têm no espaço da interpretação jurídica. Coincide com a idealidade significativa, mas o que se passa com o uso da linguagem? Parece claro que no ato de falar a linguagem, o usuário pode optar por um sentido ou outro, frente a certos sinais. Na realidade, a teoria exposta exclui a transformação em uso. Detém-se em um momento do processo. Não explica nem como se podem produzir os significados, nem tampouco como o homem pode optar e opta, efetivamente, por alguns dos sentidos de certos termos. Isto define dois níveis: um primeiro, em que a linguagem aparece como uma estrutura de significados unívocos, sempre idênticos a si mesmos e outro em que a linguagem aparece em seu uso, o que implica um estado de investigação diferente.

A produção dos significados remete à cultura onde nasceram e o diagrama polisêmico dos signos, aos sujeitos, apesar de que cada um de tais sentidos possa resultar em um objeto ideal. (14) Isto nos recorda a divisão Saussuriana de língua e fala. (15) Ali a língua tem o caráter de uma estrutura ideal e a fala funciona como sua permanente atualização, aqui e agora. Assim, o universo dos significados ideais, na combinação atualizada dos mesmos, produz a simbiose do universal individualizado. Para desentranhar o sentido desta individualização, há que se voltar sobre o tempo histórico, onde confluem uma série de elementos configuratórios do acontecimento concreto. A forma de combinar os significados possíveis e as leituras possíveis de certos signos faz com que no atuar, no usar a linguagem, talvez essencialmente ideal, en-

(14) Merleau Ponty, Maurice. *Signos*. Edición castellana Seix Barral. Barcelona. 1973. "A palavra, enquanto distinta da língua, é um momento em que a intenção significativa muda ainda e completamente em ato, mostra-se capaz de incorporar-se à cultura, à minha e a dos demais, de formar-me e de formá-los, transformando o sentido dos instrumentos culturais. Faz-se disponível a sua vez porque nos dá a posteriori a ilusão de que estava contida nos significados já disponíveis, enquanto que, por uma espécie de astúcia, só se há unido a elas para infundir-lhes nova vida" (*Sobre a fenomenologia da linguagem*, p. 110). Husserl, Edmund. *Investigaciones Lógicas*. 1.ª Investigación. Edición Castellana. Selecta da Revista do Occidente. Madrid. 1967. p. 384, 385).

(15) Saussure, Ferdinand de. *Curso de Linguística general*. Edición castellana Lozada. Buenos Aires, 1975.

contremos um campo onde acontece o conflito de interpretação. Interpretar é desvelar o sentido. Desvelar um sentido é atuar e atualizar um significado que "está ali". É usá-lo e, então, unir o singular e o universal, e é atualizá-lo, devolvê-lo à história onde se produziu, enquanto ela mesma se encarrega, por sua vez, de universalizá-lo. O drama da hermenêutica é, assim, um conflito de níveis entre o ideal e o concreto, entre o espiritual e o sensível, entre a estrutura e a mudança.

Se vemos a linguagem como um conjunto de significados unívocos, trataremos de mantê-los incontaminados dos sujeitos, mesmo sua condição de idealidade estará justificada na medida de sua independência do uso dos sujeitos. Isto define o nível da estrutura significativa. Se, em troca, tomamos o uso do mesmo feito pelo homem, apareceria uma nova e diferente gama de situações provocadas por este passo do universal para o particular. A interpretação do significado encontra-se nessa passagem que o remete ao intérprete e o intérprete à sociedade e a sociedade à sua história. Ler as interpretações de um texto qualquer, sobre um problema qualquer, é uma maneira de definir seu ser.

O certo é que se os significados em geral fossem verdadeiras idealidades, bastaria conhecer as normas jurídicas para poder aplicá-las ou ainda para poder descrevê-las. Se um indivíduo qualquer quisesse saber se determinada conduta se encontra proibida ou não, dentro de certo ordenamento jurídico, só deveria ler o catálogo das normas e, de imediato, saberia se pode realizar ou não tal conduta. Este conhecimento seria similar a como se conhecem os números e suas operações. Não haveria nenhuma diferença substancial entre uma norma jurídica e uma equação matemática.

Os que definem o significado à maneira dos entes ideais, robustecem a fundamentação daquelas escolas interpretativas que postulam uma interpretação literal da lei. O lema é não afastar-se dos textos legais. Uma colocação como esta, exposta assim abruptamente, não supõe reflexão alguma sobre as dificuldades de uma aplicação ou uso do texto da lei em forma literal. Em realidade, estes autores "supõem" uma transparência da linguagem. A respeito, há que distinguir duas questões: a) a primeira a nível teórico. No desenvolvimento desta es-

cola de interpretação, em torno do Código de Napoleão, a lei aparece como uma expressão da Razão. Não só opera a nível político-moral, como garantia da liberdade individual, senão também estabelece uma ordem racional da sociedade. Assim, resulta que entre a lei, o juiz, o legislador, os doutrinadores e os súditos há uma correlação entre um princípio racional, inserido na norma e o bom raciocínio destas últimas, atividade que lhes permite captar o conteúdo da lei. Esta adquire um caráter cartesiano de "clareza e distinção". A idéia do racional aparece aqui como um "poder", com traços que chegam ao mítico. A quebra histórica a posteriori, desta fé exclusiva em tal poder, põe em crise o próprio fundamento da teoria. Principalmente, quando extrapola do contexto científico por seu cunho ideológico. A teoria do significado de Husserl viria dar razão, em alguma medida, a esta posição, ao menos desde a perspectiva da idealidade dos significados. Postulando esta idealidade subjacente no fenômeno da linguagem, poder-se-ia reelaborar a doutrina dos exegetas do Código Napoleão. Mas as normas jurídicas podem ainda ser entendidas como objetos ideais. A idealidade significativa se traslada em uma idealidade normativa. A partir daqui, podemos extrair algumas conclusões: as normas, entes ideais, descrevem verdadeiras figuras jurídicas, determinadas através de uma mesma norma ou de uma combinação de normas. Praticamente, consegue-se assim uma geometria jurídica. Tal como a geometria resulta ser uma idealização do espacial, as normas funcionam como uma idealização de certas realidades sociais. Não existe melhor fundamento para sustentar a idealidade das normas do que entendê-las como um conjunto de significados ideais.

A proposta de "tipos legais" ou de "naturezas jurídicas" rígidas para a delimitação das instituições do direito tende a criar este conjunto de idealidades no âmbito científico, de tal forma que se pressupõe ao mesmo tempo a possibilidade de um conhecimento transparente por parte do intérprete da regra do direito.

Isto já tem os seus inconvenientes práticos desde a posição de Husserl, inconvenientes radicados nos "significados vacilantes". Se bem que uma norma poderia padecer de algumas palavras com significado deste tipo, e diferentes intérpretes poderiam obter distintos significados ideais da mesma expressão, isto manteria impávida a idealidade norma-

significado. Mas de imediato cria-se uma fissura na explicação, quando é preciso recorrer a outros âmbitos de análises, frente a certas ineógnitas. Com que fundamento o intérprete "opta" por estes distintos significados ideais? Se diferentes juizes ou cidadãos podem extrair distintas conclusões do sentido de um mesmo texto, existe a possibilidade de considerar a uma destas interpretações como interpretação autêntica? Tudo isto cai fora da teoria.

Este conflito não está reservado à ocupação do juiz, ou do cidadão, senão também do cientista. Entretanto, a atividade do juiz ao aplicar a norma geral já implica realizar um ato de interpretação, pois só do fato de localizar no tempo, lugar e pessoa a norma geral, pareceria que os cientistas estão excluídos deste tipo de problemas. O cientista que descreve as normas gerais e que poderia considerá-las como um conjunto de sentidos ideais, tem também idêntico dilema. Sempre pode optar, frente aos significados vacilantes, por um ou outro sentido. Geralmente, a adoção de qualquer destas instâncias implica em um compromisso do sujeito: um ato de valoração.

Se à idealidade normativa agregarmos a possibilidade de supor o sistema jurídico como completo, não cabe dúvida que se pode formar assim uma axiomática jurídica. Não é estranho que um modelo desta feitura tenha suas preferências entre os penalistas, onde o princípio de "nula pena sine lege" compele, de alguma forma, a pensar um sistema penal sem fissuras, semelhante ao das ciências exatas. Não obstante, o princípio mesmo é extra-sistemático. (16)

b) Há outro nível de leitura da escola da exegese: o ideológico. A interpretação literal funciona como um argumento de proteção da burguesia. A lei não é só expressão da razão, senão também a vontade do povo e o povo estava representado pela burguesia triunfante. A vontade da burguesia se identificava com a lei, curiosamente unida à idéia da razão. Poderíamos falar talvez de uma razão burguesa.

(16) Ver Sebastián Soler. *Las palabras de la ley*. Edición Fondo de Cultura Económica, México, 1969.

A alteração da lei não é então uma exclusiva violação da razão, mas da vontade que se encontra "atrás" da mesma. E quem poderia provocar alterações à regra? De forma direta, aqueles encarregados de aplicá-la. Em consequência, era preciso, para salvaguardar os interesses encerrados na lei de qualquer desvio possível, limitar as funções dos órgãos de aplicação. Uma primeira limitação teórico-ideológica radica em simplificar o problema interpretativo, na atividade cognoscitiva. Esta atividade enfrenta os obstáculos assinalados até aqui, próprios da linguagem comum.

Na medida em que estas obscuridades lingüísticas são soslaçadas ou obviadas pela sistemática interpretativa, a redução da hermenêutica a um ato de conhecimento representa claramente seu significado ideológico.

Outra limitação se põe em relevo na teoria das lacunas da lei. Não é o caso de comentá-la aqui. Mas, esta construção ad-hoc, tal como funciona nas escolas tradicionais, interpõe-se como um dique de contenção à atividade judicial. Quando se produzem as chamadas lacunas normativas, naquelas situações em que o caso fático não se encontra contemplado dentro do plexo de normas, trata-se de reconduzir o juiz ao âmbito da lei, chamem-se leis análogas ou princípios gerais do direito.

Retornemos ao aspecto teórico desta questão, que sustenta o ato de conhecimento das normas com fundamento exclusivo na interpretação da lei. Um critério semelhante acentua, sem dúvida, o controle racional do processo jurídico. A ordem normativa aparece como um sistema de regras válidas, de natureza significativo-ideal, a partir das quais é dedutível a norma individual como uma operação mecânica e cujo único objetivo é o de concretizar os diversos elementos da pessoa, tempo e lugar, generalizados na norma superior. Acentua-se o aspecto da aplicação mecânica da norma geral, por parte do órgão, em detrimento de sua função criativa.

Sem dúvida, a partir de Kelsen (17) parecia quase indiscutível o princípio entesourado pela ciência do direito, pelo qual, em cada um

(17) Kelsen, Hans. *Teoria pura del derecho*. Ed. Castellana Eudeba. Buenos Aires. 1960. Pág. 154 y sig.

dos níveis do sistema jurídico, há um ato de aplicação de uma norma superior, mas, ao mesmo tempo, cria-se uma norma nova (inferior) na atividade dos distintos órgãos do sistema. As normas gerais têm seu fundamento de validade na Constituição: entretanto, as normas individuais, nas normas gerais. Cada um destes estágios é aplicador de uma norma superior, mas, ao mesmo tempo, concretiza sucessivamente um nível de maior generalidade na criação de uma nova norma.

Neste sentido, se observarmos a atividade judicial; veremos que o juiz conta com todo o corpo de normas para fundamentar uma sentença: pode escolher entre as diferentes normas positivas da ordem jurídica para aplicá-las a uma situação concreta. Não há dúvida que a norma superior outorga sempre o caráter deôntico às classes de fatos, dentro dos quais se subsume a norma individual, mas parece que entre a norma aplicada, o caso a julgar e a atuação do órgão, não existe nenhuma relação de necessidade, mas um ato voluntário do órgão que escolhe uma das soluções possíveis dentro do sistema. É da prática usual que uma mesma questão pode ter várias soluções possíveis dentro de um mesmo sistema. O ato de interpretar as normas seria então, não só uma atividade cognoscitiva do julgador, mas um ato de vontade. (18)

Esta colocação se sintetiza na fórmula kelseniana que sustenta que a norma jurídica geral é um marco aberto de possibilidades, enquanto que, na norma individual, o juiz eobre, por um ato de vontade, o marco estabelecido a nível geral. (19) A postulação de uma relação de necessidade entre a norma e o caso suporia uma fundamentação exclusiva na atividade cognoscitiva e, ademais, um conhecimento rigorosamente exato.

(18) Vale dizer, não é por mero conhecimento da informação dada pela norma geral que podemos chegar a conhecer o caso particular. Ele, por certo, provém de uma circunstância banal de que todo o enunciado particular, por sê-lo, oferece maior informação, ou tem maior intenção, que o geral. Para cobrir este hiato na informação, é necessário conhecer a decisão do órgão de aplicação, inescusavelmente. (Vernengo, Roberto. Curso de Teoria General del Derecho. Edición Cooperadora de Derecho y Ciencias Sociales. Bs. As. 1972. pág. 377).

(19) Kelsen, Hans, Teoría pura del derecho. Edición cit. Pág. 169.

Sintetizando, a determinação da norma superior em relação à inferior seria somente relativa. Para verificar tal tese bastaria comprovar dentro da jurisprudência dos tribunais como casos análogos podem ser resolvidos de formas diferentes não só em tempos distintos, senão em um mesmo momento e sob idênticos sistemas.

Devemos agora insistir em mais outro elemento constituinte do ato de vontade: a valoração. Cada atividade seletiva, por parte do órgão, de certos aspectos do conjunto de normas, é uma decisão (um ato de vontade) tomada com base na ponderação de certos elementos, em detrimento de outros, para ser aplicado ao caso concreto (ato de valoração). (20). Em resumo, na atividade interpretativa vemos a síntese de três aspectos: conhecimento, vontade e valoração, com variações de um máximo a um mínimo de cada um destes fatores, segundo a situação colocada, mas todos co-presentes em dita atividade.

Já que fazemos esta referência à atividade judicial, não podemos esquecer a solução dada por Alchourrón-Bulygin a este assunto. Estes autores distinguem, além das lacunas normativas, as lacunas de conhecimento, que seriam "aqueles casos individuais nos quais, por falta de conhecimento das propriedades do fato, não se sabe se pertence ou não a uma classe de casos (genéricos) determinados", e as lacunas do reconhecimento que se dariam nos "casos individuais, nos quais, por falta de determinação semântica dos conceitos que caracterizam um caso genérico, não se sabe se o caso individual pertence ou não ao caso genérico em questão". (21) Enquanto as lacunas normativas se circunscreveriam a um campo lógico, as segundas estariam vinculadas a uma questão de aplicação das normas a casos individuais e sua origem se vincularia a um tema tipicamente empírico. Isto distinguiria um campo conceitual ideal e um campo de aplicação de onde surgem as questões semânticas. Cada uma das teorias resultaria ser explicativa em seu nível.

(20) Rojas, Pellerano, Héctor F. Normativismo crítico. "Ediciones La Ley. Buenos Aires. 1972. Mergulhando em Kant, diríamos que a norma geral é a forma e a norma individual contém a matéria através de uma valoração". (Pág. 108)

(21) C. E. Alchourrón y E. Bulygin. Lagunas del Derecho y Análisis de los casos. Edición Cooperadora de Derecho y Ciencias Sociales, Buenos Aires, 1971 (Pág. 34).

No plano conceitual, não poderíamos falar de lacunas de conhecimento, mas no plano da aplicação da norma, sim. Este tem alguma nota concordante com o critério de Husserl, quando identifica a vacilação no vacilar. Os termos são uma estrutura ideal, intocada, as vacilações estão no sujeito, na atividade, no uso; a linguagem se separa da comunicação.

A linguagem como conjunto de significados ideais enfrentaria na prática um conjunto de "vacilações" por parte dos usuários. Haveria um universo de significados ideais, independente da prática (uso) com caracteres estáticos, unívocos e ao mesmo tempo uma prática, onde se produzem as oscilações significativas. De igual forma, na teoria exposta precedentemente, há casos gerais que apresentam características definitivas, semelhantes aos entes exatos e casos individuais, onde a aplicação de tais casos genéricos suscitaria as famosas zonas de penumbra. (22)

Novamente temos a divisão entre uma estrutura ideal e o uso; a aplicação, a prática, mostra duas instâncias separadas, quando, em realidade, haveria que vinculá-las. Sustentar uma divisão semelhante e estabelecer a determinação de cima para baixo, implica em desvincular a linguagem em geral e a linguagem das normas do tempo onde se produzem. As normas parecem, assim, entes formados para além do tempo e por toda a eternidade. A pergunta pela origem é quase impossível de formular. A partir desta perspectiva, parece difícil supor a incidência do uso das formações ideais. O tempo transformando a estrutura. Consideramos que há muito de verdade nesta teoria, desde que se tomasse cada um dos níveis como momentos de um processo, ou seja, se se restituísse o todo da linguagem jurídica à sua temporalidade fundamental. O homem, em sua vida social, produz uma linguagem normativa, um conjunto de significados,

(22) Ver sobre incerteza na linguagem normativa. Hart H. L. A. *El concepto del derecho*. Capítulo VII. Edición castellana Abeledo-Perrot. Buenos Aires, 1966. Carrió Genaro "Nota sobre el Derecho y Lenguaje". Edición Abeledo Perrot. Buenos Aires, 1965. "Algumas palavras sobre as palavras da lei". Edición Abeledo-Perrot. Buenos Aires, 1971. Franke Gerome. "Derecho e Incertidumbre". Edición Castellana. Centro Editor de América Latina. Buenos Aires, 1966.

que tem grande semelhança com os entes ideais e que em algum aspecto poderia identificar-se com eles; mas os mesmos são restituídos, no uso, a quem os criou. Cada ato de interpretação é uma reatualização destes sentidos ideais e ao mesmo tempo é uma alteração. Alteração produzida através das opções que o homem faz no marco dos termos vacilantes. É preciso estabelecer uma ponte dialética entre estes dois níveis; entre a idéia e a realidade, entre o significado e o acontecimento. Não basta definir cada um dos compartimentos, mas estabelecer a interação entre ambos. Uma teoria que pudesse abarcar, como instância de um mesmo tempo histórico, os dois momentos. As idéias têm seu próprio tempo de vida.

Fazendo um parêntesis, pensamos na egologia e seu esforço por passar do pensado-significado ao objeto real, à conduta humana, como uma força de restituição da normatividade idealizada, ao sujeito protagonista; do produto ao produtor. (23)

Em realidade, qualquer que seja o nível em que se trate o direito ou a linguagem do direito, seja no geral ou no individual, consideramos que poderíamos reconhecer os tipos de termos que apresentam situações extremas e que resultam muito difíceis de enquadrar na categoria de entes ideais. Alguns significam objetos de difícil precisão, não só por sua ambigüidade potencial senão pela variação própria da linguagem natural. Praticamente, quase todos os conceitos jurídicos têm este tipo de problemas (conceito de capacidade, de compra e venda, de hipoteca etc.). Para estes termos, falta a especificação de seu significado. Quanto maior seja a especificação do mesmo, maior será o controle racional. Mesmo no caso de dar uma definição precisa, poderíamos encontrar-nos com que, segundo o intérprete, as características definatórias pudessem ser escolhidas de acordo com seus critérios seletivos, ou ainda com um sentido mais amplo ou mais estrito de cada um deles. Em consequência, ainda que, em cada uma das normas de ordem jurídica, incluam-se termos que, por sua só inclusão dentro de um con-

(23) Cossio, Carlos. *Teoría Ecológica del Derecho y el concepto jurídico de libertad*. Edición castellana Abeledo-Perrot. 1964. (Págs. 199 y sig.)

texto sistemático, adquiram um caráter técnico, isto não garante, de nenhuma maneira, uma determinação absolutamente precisa.

Quanto a outro tipo de termos, como por exemplo, "igualdade perante a lei", "bom pai de família", "ordem pública", etc., qualquer deles têm a seguinte propriedade: não mencionam nada concreto. (24) Funcionam de acordo com o que o sujeito quer que signifiquem em um momento determinado e para uma situação determinada. São termos cujo nível representativo deve elucidar-se à luz dos sujeitos que os usam. Desta maneira, a linguagem funcionaria, como dizia Filo de Alexandria: — "De acordo com os diferentes tipos de homens haveria distintos níveis de leitura". (25)

Enquanto alguns termos tendem à objetividade total e parecem ter uma vida independente dos sujeitos, outros ficam atados a estes e são como cascas que necessitam dos usuários para encher-se de sentido. Enquanto os primeiros justificam mais uma metodologia racional e dedutiva para a ciência jurídica, os segundos possibilitam um enfoque prático e retórico. (26)

Conforme o exposto, o direito se nutre de uma simbiose destes extratos e atividades. Tanto o vemos como um processo a nível de juiz, como num trabalho do cientista. Se bem que estas duas tarefas devem ser diferenciadas, e ainda que o cientista se mantenha na generalização, isto não impede que realize uma atividade interpretativa, devendo assumir todas as barreiras próprias da hermenêutica. O que acontece é que enquanto o juiz faz uma aplicação da norma geral, o cientista deve denunciar este tipo de conflitos.

(24) Olivecrona, Karl. *Lengaje jurídico y realidad*. Ed. Castellana. Centro Editor de América Latina. Buenos Aires, 1968. Ver Cap. V "La función técnica de las palabras huecas".

(25) Fraile Guillermo O.P. *História de la Filosofía*. Ed. Editorial Católica, Bac, Madrid, 1965. Pág. 691.

(26) Sobre este tipo de problemas insiste-se na obra de Luis Alberto Warat, Ver *Abandono del derecho y lagunas de la ley*. Edición Abeledo-Perrot. Buenos Aires, 1969, y *Semiótica y Derecho*. Edición Eikon. Buenos Aires. 1972.

No ato de interpretar a lei, temos uma síntese de objetividade e subjetividade, de generalidade e individualização, de exatidão e de polisemia, de criação e de aplicação. Mas o sentido relacional destas dimensões antagônicas só se pode ganhar na análise da cultura histórica, onde as normas nascem e morrem.

Até aqui nos limitamos a falar do significado das normas, porém seria necessário aludir também, às relações entre a interpretação e a sintaxe da linguagem mencionada anteriormente. Assunto que abordamos através de Husserl e de Chomsky. Aceita a teoria deste último, os problemas da linguagem analisados até aqui deveriam reverter-se. Começaríamos a entender o sintático como determinante da significação. As estruturas normativas, mais do que estruturas significantes, apareceriam primordialmente como estruturas de relação. (27) Formas de enlaçar significados. Se estas formas são uma característica da mente humana, a leitura das normas, em sua sintaxe, poderia indicar sintomas de diferentes tipos ou estados do homem.

QUARTA PARTE

Vamos estabelecer uma relação entre algumas conseqüências da teoria da linguagem de Wittgenstein e aquelas teorias que pensam que o direito é somente "o que os juizes dizem". Vamos ver, pelo menos, algumas identidades estruturais. Wittgenstein afirma no "Tractatus" que ele vai falar sobre tudo o que acontece. Sua primeira afirmação é a seguinte: "O mundo é o que acontece". O que é que acontece? Acontecem os fatos. Então, cabe perguntar: o que são os fatos para Wittgenstein? Wittgenstein considera que poderíamos encontrar o que chamamos de "fatos" como verdadeiras complexidades, como complexos. E estes complexos são divisíveis em partes. Por exemplo, afirmamos "Sócrates era sábio e ateniense". Dois fatos podem-se distinguir neste complexo: "Sócrates era sábio" e "Sócrates era ateniense". Em conseqüência, Wittgenstein decompõe os "complexos" em suas "par-

(27) Ver Roberto Vernengo, *La Interpretación literal de la ley*. Edición Abeledo-Perrot. 1971.

tes". Esta subdivisão de um complexo pode chegar até o encontro de uma "unidade mínima". Qual será a "unidade mínima" de um fato? Será aquele tipo de fato que, por sua vez, não conteria outro fato. O fato complexo do exemplo dado contém duas "unidades". Tomemos uma delas: "Sócrates era sábio". Esta não contém por sua vez nenhum fato em si. A estes fatos, que não podem conter em si outros fatos, chamamo-los de fatos atômicos. Sem dúvida, um fato atômico pode, por sua vez, ser subdividido; esta subdivisão de um fato atômico em "partes" produz o que Wittgenstein chama "objetos ou simples". Os objetos seriam as partes de um fato atômico. Por exemplo, em "Sócrates era sábio", "Sócrates" e "sábio" são "objetos" constituintes do fato atômico, na terminologia de Wittgenstein.

Estabelece-se a importância de dividir o mundo, primeiro em fatos e, depois, a particularização total de todos estes fatos, em minúsculas partículas.

Quer dizer que, segundo Wittgenstein, em princípio, a filosofia (ou isso que se chama filosofia, se realmente resta algo de filosofia) seria uma questão sobre fatos.

Detemo-nos agora a analisar outro elo; antes de falar das proposições, devemos assinalar que Wittgenstein refere que, em geral, nós representamos a realidade através de figuras, através de imagens. E, o que é a realidade? São os fatos. Agora, se eu posso, através de uma figura (que lhes adianto: não é nada mais nada menos que a "proposição") representar esta realidade, então, deve haver um elemento unificador que possibilite tal representação. Tal figura deve ser uma "qualidade representativa" desta realidade, porque a estrutura desta figura com a realidade é isomorfa, é uma estrutura idêntica. Wittgenstein entende que a estrutura entre a figura e a realidade é uma estrutura absoluta e totalmente idêntica. Quer dizer que, se agora altero as designações e chamo agora de "proposições" o que chamava de "figura" (que era a imagem da realidade), dentro da proposição se teria que representar todos os fatos atômicos, que por definição "são" o que chamamos realidade. Ou seja, os fatos atômicos não redutíveis a outros articulam-se na proposição. Os fatos atômicos seriam, como no exemplo

anterior, "Sócrates era um sábio" e "Sócrates era ateniense". Esta união entre os fatos atômicos denomina-se "fatos moleculares". E da mesma maneira, as proposições que se referem a fatos atômicos chamam-se "proposições atômicas", e, às proposições que encadeiam fatos atômicos, chamamo-las "proposições moleculares". Então, e por enquanto, entender-se-á que, através da proposição, produz-se uma imagem da realidade, e esta se produz porque há uma unidade estrutural entre a realidade e a lógica, entre a realidade e a proposição.

Gostaria de fazer dois comentários com respeito a estas afirmações de Wittgenstein. Em princípio, se a realidade é o conjunto de fatos, se o mundo é tudo o que acontece, ou seja, se é o conjunto e a possibilidade de todos os fatos, pode-se conseqüentemente, pensar o mundo através destes fatos, mas nunca pensar "o mundo" como totalidade. Isto é muito importante, porque praticamente é o traçado sobre os limites do mundo e sobre os limites do pensamento. Se eu penso que o mundo não é nada mais que um conjunto de fatos, ou todos os fatos possíveis, porém fatos, unidades, nunca posso pensar o mundo como totalidade, como um todo. A única maneira de pensar o mundo como um todo é "estar fora do mundo". Mas este "estar fora do mundo", ou "pensar o mundo como um todo" implica violar as possibilidades intrínsecas da lógica, porque o mundo das possibilidades lógicas somente nos remete a fatos do mundo; o marco do possível está dado pelos fatos atômicos e suas relações, e, em conseqüência, haveria uma impossibilidade lógica de pensar qualquer coisa fora do mundo e de referir-se ao mundo como totalidade como se não fosse fora dele; mas se "fora do mundo" quer dizer fora das possibilidades lógicas, de acordo com o exposto, assim mesmo, haveria uma impossibilidade de representação.

Se me perguntam porque Wittgenstein identifica esta estrutura do mundo com os fatos e a estrutura lógica, eu poderia responder com Wittgenstein que tal interrogação não se pode responder senão fora do campo lógico, ou seja, fora do pensamento, fora das possibilidades de pensar. Não é possível estabelecer a razão pela qual as proposições têm a capacidade de representar a forma da realidade, porque, para explicá-lo, dever-se-ia estar, também, fora do mundo e da lógica. Não

obstante, o "Tractatus" é uma implícita justificação de como este mundo de fatos concorda com o mundo das proposições.

Vejamos, então, o que significa falar de proposição. Dentro do campo da proposição temos que encontrar o problema das significações, que é o tema que nos preocupa. Para Wittgenstein, a proposição não é nada mais do que "a possibilidade lógica de afirmar algo sobre um fato"; pode ser verdadeiro ou não verdadeiro, na medida em que tal fato exista ou não exista. As proposições "significam", na medida em que tenham essa possibilidade lógica de referir-se a "fatos". Então, o problema do significado, em última instância, circunscreve-se à referência, ao "fato"

A significação se situa na relação entre fato e proposição. Resumindo, sobre tudo o que está fora do mundo e fora das possibilidades lógicas, não há nem sequer possibilidade de formular uma pergunta; nem sequer pode-se perguntar.

E não se pode perguntar, porque não se pode pensar e, portanto, não se pode dizer, porque a linguagem somente pode referir-se àquilo que o mundo da lógica lhe dá como possível; na linguagem, pois, estão estabelecidos os limites do conhecimento do homem. Tudo o que não se pode expressar logicamente é absolutamente carente do sentido. Refere-se a algo impensado. Como por exemplo, se se pensasse a existência de Deus; pois, neste caso, pensa-se "algo" que não é um fato.

Esta primeira "colocação" nos leva a uma segunda que está vinculada ao problema da ética e gostaria de lê-lo no texto de Wittgenstein: "O sentido do mundo deve permanecer fora do mundo. No mundo, tudo é como é e acontece assim como acontece. Nele não há nenhum valor, deve permanecer fora de tudo o que ocorre e, assim, fora de todo ser. Pois tudo o que ocorre e todo ser são causais. O que o faz não causal, não pode permanecer no mundo, pois, de outra maneira, seria, por sua vez, causal. Deve permanecer fora do mundo. Portanto, tampouco pode haver proposições da ética. As proposições não podem expressar nada mais alto. É claro que a ética não pode se expressar. A ética é transcendental. (1)

(1) Wittgenstein, Ludwig. *Tractatus Lógico Philosophicus*. 6.41/6.42/6.421. Ed. Alianza. Madrid. 1973. Ed. bilingüe — en alemán e castellano.

Nesta proposta de Wittgenstein destacam-se duas notas importantes: uma primeira, que para o "no mundo" não há valor. E uma segunda: que o único dado que se pode estabelecer como sistema de relação entre os fatos, é a relação do tipo causal.

Tudo isto pode trazer conseqüências bastante interessantes para o campo jurídico. Mas antes de fazer esta análise no campo do direito e de ver como nele desaparecem os valores (ainda que de uma maneira distinta da como haviam desaparecido em Kelsen), quero mencionar, brevemente, as derivações da teoria do significado do Wittgenstein posteriormente ao "Tractatus". Em geral, hoje em dia fala-se muito de um primeiro Wittgenstein e de um segundo Wittgenstein. Fala-se do Wittgenstein do "Tractatus" e do Wittgenstein das "Investigações filosóficas". Enquanto que o "Tractatus" está eivado de uma metafísica por omissão, desde as "Investigações Filosóficas" impõe-se um desenvolvimento que vai se aproximando bastante mais de um pragmatismo. Não obstante, se se analisar com atenção (o que não é o caso de se fazer aqui), iremos dar-nos conta que há bastante identidade entre o primeiro e o segundo Wittgenstein, e que a questão está mais próxima do processo gradual de transformação de um mesmo pensamento.

Wittgenstein, nas "Investigações Filosóficas", disse algo assim: "O significado das palavras é o uso". Cada vez que falamos do significado da palavra, estamos nos referindo pura e exclusivamente a seu uso. Que quer dizer isto? Observe-se que podemos situar esta afirmação no polo contrário ao Husserl das "Investigações Lógicas". Husserl dizia: "Os significados são objetividades que se independentizam do sujeito", e agora Wittgenstein afirma "o significado é seu uso". Para saber-se do significado deve-se perguntar sobre seu uso. Darei um exemplo de Ferrater Mora para ilustrar. Suponhamos que usamos a palavra "off-side" e que estamos usando esta palavra dentro de um campo de futebol. "Off-side" dentro de um campo de futebol não significa nada mais que um jogador tomar a bola entre um jogador contrário e o arqueiro. Ou seja, encontra-se numa situação que entendemos uma violação do regulamento ou das regras do jogo, regras que descrevem uma situação que chamamos "off-side". Mas, quando nós dizemos "off-side", o que queremos dizer? Simplesmente, que teve lugar esta

situação. Quando quero entender o significado da palavra off-side, a única coisa que tenho a fazer — segundo Wittgenstein — é dar-me conta de que a palavra se usa, quando se produzem certas situações.

Note-se que há um contra-argumento que surge quase rapidamente quando se quer rebater isto. Parece existir uma possibilidade em que o significado é diferente do uso, produzindo-se uma fissura entre o significado e o uso. Por exemplo, se digo que para os ingleses "off-side" quer dizer, fazendo uma análise das palavras "lugar", ou "fora de", "fora do lugar", "fora do lado". Então, quando quero estabelecer o significado da palavra, a única coisa que tenho que fazer é ir ao dicionário e analisar sua significação léxica, e terminou-se o problema. Sem dúvida, se bem que esta solução é possível, entendo que tem resposta dentro da mesma tessitura de Wittgenstein: independentemente de se poder ir ao dicionário e tratar de analisar a significação léxica, sempre é possível recorrer ao comportamento dos demais, para entender as significações (sem um dicionário). Suponha-se que alguém que desconhece o que é o futebol chegue a um campo e a gente lhe diga que aconteceu um "off-side". Para entender qual o significado de "off-side", teria que se estabelecer qual é o tipo de situações a que se refere o uso de "off-side" e com isso descobrir-se qual é sua significação, sem fazer uso do dicionário. A significação estaria, assim, sempre legada ao uso e às situações; opera com os significados como se fossem meros usos.

Penso que tudo isto tem sérios inconvenientes, em particular porque Wittgenstein trabalha este problema do uso e da significação com exemplos concretos, mas nunca desenvolve estritamente o que significa "uso".

Desdobrando este material, vamos agora trasladá-lo ao campo jurídico. A primeira coisa que faremos é trabalhar com aquela assertiva de que no mundo não há valores e que somente são realizáveis as relações do tipo causal entre fatos. Note-se que, se se entender que no mundo lógico não há valorações, e que unicamente o que existe são fatos, e que a única forma de ligar os fatos é através de relações de causalidade, estamos indo ao encontro do fundamento mais profundo (com

os diferentes matizes históricos e locais que apareceram) da tese de que "o direito é aquilo que os juizes dizem" (2) Como surge a relação? Cada vez que afirmo que "o direito é o que os juizes dizem", implicitamente faço outra afirmação; estou dizendo que, dado um acontecimento "A" que é um ato antijurídico, produz-se um acontecimento "B" que é a sanção. Ao dizer que se produz um acontecimento "B" não estou dizendo "que deve produzir-se" um acontecimento "B"; mas que "efetivamente" se produz ou que, em geral, se produz ou pode se produzir. Quer dizer que, conforme a teoria de Wittgenstein, não se estaria mais que unindo dois fatos que acontecem no mundo. E isto se realiza através de uma relação semelhante à das leis da natureza. Do mesmo modo que faz qualquer cientista que está efetuando uma descrição do tipo biológico, ou de um físico que estabelece uma lei física, estabelece-se uma relação entre dois fatos. Isto implica uma consequência imediata: se digo que as normas estabelecem relações causais entre dois fatos dados no mundo, de imediato posso estabelecer tábuas estatísticas sobre os percentuais com que se dão estes fatos unidos causalmente. Poderíamos, assim, dizer que em uma comunidade "x" os fatos dão-se desta maneira: quando se produz um acontecimento "A", então os juizes dizem "B". Entre o fato "A" e o "B" há uma relação causal que pode decompor-se em uma tábua estatística que indique com que grau de generalidade se estabelece tal relação em uma comunidade. E então, se alguém perguntasse o que é isso que chamam de direito "numa comunidade", responderíamos que direito é o fato de os juizes unirem causalmente certas situações produzidas na comunidade. Em última instância, esta teoria está decompondo a idéia da norma jurídica em seus fatos atômicos, dispondo uma relação causal entre eles e, se levarmos até as últimas consequências, como uma relação meramente estatística, onde se registram as regularidades com que acontecem tais relações. A esta colocação se opõem aqueles que consideram que o direito não pode ser compreendido através da aplicação do princípio da causalidade, mas através de relações de "imputação" ou de "dever".

(2) Mesmo quando a inserção dos valores se faça nesta linha, através dos padrões valorativos, isto implica um tratamento do valor que não apenas o coisifica, mas que permite ainda sua inclusão dentro do esquema causal.

Kelsen realizou aquela invenção da imputação, que lhe permite afirmar que as normas jurídicas são juízos hipotéticos de "dever", coativos e, enquanto juízos de dever, opostos aos juízos de ser, da mesma maneira que a imputação se opõe à causalidade. Isto, no sistema kelseniano, tem um desenvolvimento que o vincula intimamente àquele sistema que já vimos e que diz respeito ao problema da validade e da eficácia. As normas são válidas, enquanto criadas de acordo com as condições estabelecidas em uma norma superior; enquanto estamos no campo da validade nos mantemos no campo do "devido", mas, quando chegarmos à explicação da norma básica, concluimos que esta estabelece um suposto pelo qual a eficácia, que é uma irrupção no mundo do ser, "é" condição de validade de todo o sistema.

Se analisarmos com atenção o que Kelsen delinea, compreenderemos que se trata de uma forma de obscurecimento do problema da eficácia e de uma redução da normatividade ao campo do dever, em detrimento do campo do ser, em detrimento da eficácia que aparece meramente suposta pela norma básica. Isto dá lugar a que, de fato, dentro da teoria kelseniana, para se manter esta relação, se tenha que sustentar que um juízo de ser é totalmente irreduzível a um juízo de dever, e um juízo de dever é absolutamente irreduzível a um juízo de ser.

O que deveríamos, então, perguntar sobre o que é "dever"? O que é imputação? Faremos uma apresentação elementar a respeito: em juízo, a conexão entre um antecedente e um conseqüente não é a mesma, em se tratando de uma relação de "ser" ou de uma relação de "dever". Se o analisarmos assim, intuitivamente, podemos ter como resultado que, em um caso, a relação tem sentido e, no outro caso, tem um sentido bastante diferente. Mas com isto não estamos explicando, de nenhuma maneira, o que significa o "dever". Kelsen vai mais adiante e diz que o "dever" é uma categoria da lógica transcendental, ao estilo de Kant. Com isto ele cria um sério problema; porque, em que medida o "dever" como conexão entre um antecedente e um conseqüente em um juízo, é uma categoria semelhante às da "lógica transcendental" kantiana?

Antes de analisar este tipo de coisas temos que nos referir um pouco à relação entre Kant e Kelsen e aos elementos que este último

expõe quando se refere a seu sentido do "dever". Quando fala em "dever", Kelsen não se refere a um elemento valorativo, e isto é muito importante, porque cada vez que dizemos "tu deves", de fato, estamos implicando em forma intuitiva um valor. Quando dizemos dever, estamos entendendo "dever", enquanto existe uma valoração. Mas isto aproximaria bastante os juízos normativos com as normas morais. Para Kelsen, identificar a noção de "dever" com a noção de valor, seria atribuir à palavra "dever" o sentido que ela tem dentro da moral. E, a priori, separa a moral do direito. Em conseqüência, o valor não pode abrigar-se dentro do "dever" kelseniano. Esta é a primeira exclusão que deve ser feita. Por isso, a noção de "dever" adquire o sentido de um mero nexu lógico, como uma categoria relacional entre um antecedente e um conseqüente, com um nível exclusivamente lógico.

Para descrever graficamente tudo isto recordo um exemplo do professor Ambrosio Giorja, que dizia: "Suponhamos o caso de que alguém queira cometer um assassinato e vá a um advogado para perguntar-lhe quais seriam as conseqüências que lhe acarretaria a execução de tal ato. Se se apresentar ao advogado e lhe disser simplesmente: "Eu quero cometer um assassinato; que lhe parece?", o advogado poderia responder-lhe: "Parece-me errado. É uma violação ao código ético. Você está procedendo mal e isso não se deve fazer". O que disse o advogado tem um sentido moral. O "não deve" de sua frase implica uma relação entre o dever e certos valores éticos. Mas o homicida potencial insiste com outra interrogação: "Todos os que assassinam recebem uma sanção?" Frente a isto o advogado pode contestá-lo: "Em geral, há 99% de possibilidades de que se lhes aplique uma sanção". Quando o advogado responde desta maneira, está fazendo uma análise causalista, a partir da efetividade: Informa-o da regularidade com que os juízes aplicam sanções, nos casos em que se cometam assassinatos. Mas ainda cabe uma pergunta. "Existe uma norma que sanciona o assassinato em tais e tais condições?" "No Código Penal encontra-se uma norma que prevê para tal fato a aplicação da sanção "X". "Quando o advogado afirma isto, o sentido de "dever", para Kelsen, tem um caráter lógico. Não teria nenhuma implicação de tipo valorativo. Ele pretende recortar a noção de "dever" do elemento valorativo, ao qual, talvez, estaria intimamente ligado, nas origens do direito.

Quando, ao mesmo tempo, relacionamos este "dever" lógico com uma categoria da lógica transcendental de Kant, surgem enormes dificuldades: 1.^a) Porque Kelsen afirmou algo que pode ser original e interessante, mas que nunca chegou a demonstrar, e, ademais, nunca chegou a relacioná-lo bem com a teoria kantiana. 2.^a) Porque em Kant a noção de "dever" encontra-se desenvolvida na "Crítica da Razão Prática", e as categorias da lógica transeendental, como pretende Kelsen, que se identificam com um "dever", deduz-se na "Crítica da Razão Pura". Assim, pois, se a noção do "dever" fosse uma categoria da lógica transcendental, seria preciso elaborá-la a partir da "Crítica da Razão Pura" de Kant. De outro lado, Kant constrói, por sua vez, a noção de "dever" na "Crítica da Razão Prática". Ou seja, a colocação está invertida.

Kelsen teria que ter demonstrado que a categoria de "dever" era dedutível, da mesma maneira que a noção de causalidade, dentro da noção da "Crítica da Razão Pura", de onde o "dever" está excluído. Na "Crítica da Razão Prática" aparece, sim, a noção do "dever", mas, então, intimamente conectado com a ética. A noção de dever, em Kant, é colocada como uma noção vinculada à sua ética e aos problemas fundamentais da liberdade. Mas Kelsen não se ocupou desta fundamentação e então os encadeamentos de justificação da teoria, neste aspecto, vêem-se debilitados e se tornam notoriamente obscuros.

Ademais, teríamos que lembrar, a respeito disto, que autores como Husserl sustentam que entre os juízos de "ser" e os juízos de "dever" não existe uma irreduzibilidade absoluta como quer Kelsen, senão uma possibilidade de verdadeira transformação entre ambos. Como se dá esta relação? É bastante simples. Tomemos um juízo: "todo soldado deve ser valente". Pode-se transformá-lo em juízo de ser, dizendo: "todo bom soldado é valente". Ou seja, pondo o elemento valorativo como qualidade do sujeito. Estabelecendo esta redução do "dever" ao "ser", da imputação à causalidade, põe-se em crise a idéia da absoluta irreduzibilidade de ambas as categorias sustentadas por Kelsen.

Deixamos assim traçadas as dificuldades que existem em afirmar que a norma é um juízo de "dever", particularmente naquelas teorias que o reduzem à uma categoria lógica, avalorativa. Voltamos agora

aquelas teorias que entendem a normatividade como uma relação causal entre dois fatos, um antijurídico e outro sancionatório, lançando estes atos em tábuas estatísticas. A respeito convém recordar a aguda crítica de Hart, que distingue entre normatividade do ponto de vista interno e do ponto de vista externo. O ponto de vista externo é o do observador desinteressado, que observa como atuam, dentro de uma comunidade, as normas jurídicas ou regras. O ponto de vista interno, em troca, é o ponto de vista do cidadão, ou seja do indivíduo que aceita as regras do jogo. A partir destas duas perspectivas, as regras têm consequências muito diferentes. Para o indivíduo que é o observador imparcial, as normas jurídicas podem funcionar como uma maneira muito semelhante à como faz o semáforo: Se se é um observador imparcial do semáforo, pode-se dizer que, cada vez que aparece a luz vermelha, os carros param, ou, pelo menos, que cada vez que a luz vermelha aparece, existem 99% de probabilidade de os carros pararem. Desta maneira, quero dizer que se pode estabelecer uma relação causal, estatística, com respeito aos acontecimentos, da mesma maneira com que se pode chegar a estabelecer estatísticas, com respeito aos "fatos constitutivos do direito", ao cometimento dos atos antijurídicos e à aplicação das sanções. Mas, do ponto de vista interno, as regras dizem muito mais ao cidadão. Pareceria que as normas jurídicas são uma "razão" para cometer ou não certos atos, são uma "pauta" de conduta. É evidente que a noção de pauta nos vincula imediatamente ao problema sociológico que implica a análise de sua definição. Evidentemente, esta distinção entre o ponto de vista interno e o ponto de vista externo dá margem a uma crítica muito interessante à idéia de que o Direito resulta somente em uma relação causal, estatística que, em definitivo, é a estrutura teórica para aqueles que afirmam que o Direito é o que os juízes dizem.

É precisamente neste ponto que conectamos tal caracterização do direito com algumas das afirmações de Wittgenstein, a nível mais geral; por exemplo, a redução do mundo a fatos conectados causalmente. Mas, ao mesmo tempo, de forma concordante, a significatividade das proposições, entendida como o uso das mesmas, encaixa perfeitamente neste conceito do jurídico. Como se determina o campo da significação jurídica? Da mesma maneira que quando nos perguntamos pelo sentido da palavra "off-side", reconhecendo que o uso se produz frente a uma

situação. Esta relação entre uso e situação estaria definindo a significatividade das expressões jurídicas. De forma tal que, quem disser que o Direito é aquilo que os juizes dizem, também estaria afirmando que a significatividade daquilo que afirmam é dada pelo uso das expressões, ou seja, pela relação "uso-situação". O significado é redutível, assim, a fatos e, por sua vez, os fatos a catálogos que registram sua produção, da mesma maneira como se arquiva a jurisprudência.

Ao mesmo tempo, esta maneira de encarar o jurídico nos põe na posição do observador externo de Hart, quando não cabe dúvida que a descrição do direito deveria incluir o ponto de vista interno, onde o jurídico se faz "pauta" ou "razão", para atuar em uma determinada direção.

Este assunto nos leva, talvez, a considerar os valores e as vinculações entre o direito e a ética. Claro que, se de acordo com o exposto por Wittgenstein, excluimos este ponto do campo do "pensável", qualquer afirmação sobre um tópico semelhante colocar-se-ia fora do significativo, do mesmo modo que não poderíamos nos perguntar sobre o sentido de um fato jurídico ou de um fato qualquer, pois resulta vedado falar "com sentido, sobre o sentido do mundo".

Com isto deixamos delineadas as conseqüências das teorias do significado, das quais uma tende para a objetividade e outra para uma significatividade empírico-pragmática e algumas de suas derivações, quando as lançamos sobre o campo jurídico. Estas duas teorias da significação e suas filosofias provocam conseqüências diferentes dentro da teoria geral do direito, e parece importante destacar, porque cremos que muitas questões relativas à teoria geral se resolvem ou devem compreender-se no plano da filosofia, implicada dentro da descrição científica.

O dualismo que assinala a teoria da significação reedita a estrutura mesma do homem: por um lado, um fato físico, e por outro lado, um sentido, uma significação reveladora de uma aptidão espiritual ou psíquica. E esta oscilação dual da teoria da significação responde, talvez, a este conceito dual da estrutura do homem; pois, sem dúvida, cada uma delas estabelece certos âmbitos e põe em relevo outros, de acordo com a latente problemática do devenir, da chamada filosofia ocidental.

BIBLIOGRAFIA

- (1) ALCHOURRON, Carlos E. y BULYGIN, Eugénio. *Lagunas del derecho y analisis de los casos*. Edit. Cooperadora de Derecho y Ciencias Sociales. Bs. As. 1971.
- (2) AUSTIN. *The province of jurisprudence determined*. Library of ideas. 1954.
- (3) AYER, Mora José *Indagaciones sobre el Lenguaje*. Editorial Alianza. Madrid. 1970.
- (4) BLANCHE, Robert. *La Axiomática*. Ed. Castellana, Centro de Estudios Filosóficos, Universidad Autónoma de Mexico. 1965.
- (5) CARRIO, Genaro. *Algunas palabras sobre las palabras de la Ley*. Ed. Abeledo Perrot. Bs. As. 1971.
- (6) Idem. *Notas sobre derecho y lenguaje*. Ed. Abeledo Perrot. Bs. As. 1965.
- (7) CHOMSKY, Noam. *El lenguaje y el entendimiento*. Ed. Castellana. Seix Barral, Barcelona, 1971.
- (8) Idem. *Estructura sintáctica*. Ed. Castellana, Siglo XXI, México. 1974.
- (9) COHEN, Morris y NAGEL, Ernest. *Introducción a la lógica y al método científico*. Ed. Castellana, Amorrortu. Bs. As. 1968.
- (10) COSSIO, Carlos. *Teoria Ecológica, su Problema y sus Problemas*. Ed. Abeledo Perrot. 1963.
- (11) Idem. *Teoria ecológica del derecho y el concepto jurídico de libertad*. Ed. Abeledo Perrot. Bs. As. 1964.
- (12) FERRATER, Mora J. y HUGHES, Lebranc. *Lógica matemática*. Fondo de cultura económica. México. 1970.
- (13) FERRATER, Mora J. *Indagaciones sobre el lenguaje*. Editorial Alianza. Madrid. 1970.
- (14) FRANK, Jerome. *Derecho y incertidumbre*. Ed. Castellana, Centro Editor de América Latina. México. 1970.
- (15) FREGE, Gotlob. *Escritos lógicos semánticos*. Ed. Castellana Tecnos. Madrid. 1974.
- (16) GRIFFA, Norberto Luis. *Causalidad y imputación*. Editorial Ser. Bs. As. Año 1975.

- (17) HART, H. L. A. *El Concepto del derecho*. Ed. Castellana, Abeledo Perrot. Bs. As. 1968.
- (18) Idem. *Derecho y Moral. Contribuciones a su analisis*. Edición Castellana Depalma. Bs. As. Año 1962.
- (19) HUSSERL, Edmund. *Investigaciones lógicas*. Ed. Castellana Selecta, Revista de Occidente. Madrid. 1967.
- (20) KANT, Manuel. *Crítica de la razón práctica*. Ed. Castellana El Ateneo. Bs. As. 1961.
- (21) Idem. *Crítica de la razón pura*. Edición Castellana Losada. Bs. As. 1957.
- (22) Idem. *Crítica de la razón pura e crítica de la razón práctica*. Edición Castellana El Ateneo. Bs. As. 1961.
- (23) Idem. *Principio Metafisico de la doctrina del Derecho*. Ed. Castellana, Universidad Autónoma de México. México. 1966.
- (24) KELSEN, Hans, *Contribuciones a la teoria pura del derecho*. Ed. Castellana Eudeba. Bs. As. 1960.
- (25) Idem. *Teoría General del derecho y del Estado*. Ed. Castellana, Universidad Nacional de México. Textos Universitarios. Año 1969.
- (26) Idem. *Teoria pura del derecho*. Ed. Castellana Eudeba. Bs. As. 1960.
- (27) Idem. *Teoria pura del Derecho*. Ed. Castellana Eudeba. Bs. As. 1960.
- (28) OLIVECRONA, Karl. *El derecho como hecho*. Edición Castellana, Centro Editor de América Latina. Bs. As. 1966.
- (29) Idem. *Lenguaje juridice y realidad*. Ed. Castellana, Centro Editor de América Latina. Bs. As. 1968.
- (30) PEARS, David. *Wittgenstein*. Edición Castellana. Grijalbo. Barcelona. 1972.
- (31) POPPER, Karl. *La Lógica de la investigación científica*. Ed. Castellana Tecnos. Madrid. 1966.
- (32) ROJAS, Pellerano, Hector F. *Normativismo/critico*. Ed. la ley. Bs. As. 1972.
- (33) ROSS, Alf. *Lógica de las normas*. Edición Castellana, Tecnos. Madrid. 1971.

- (34) Idem. *Sobre el derecho y la justicia*. Edición Castellana Eudeba. Bs. As. 1963.
- (35) ROSSI, Alejandro. *Lenguaje y significado*. Ed. Siglo XXI. México. 1969.
- (36) SAUSSURE, Ferdinand de. *Curso de Linguística general*. Ed. Castellana Losada. Bs. As. 1975.
- (37) SCHAFF, Adam. *Introducción a la semántica*. Ed. Castellana, Fondo de Cultura de México. 1966.
- (38) SOLER, Sebastian. *La palabra de la ley*. Ed. Fondo de Cultura Económica. México. 1969.
- (39) TOMAS DE AQUINO, *Tratado de justicia. Suma Teológica*. Ed. Castellana, B. A. C. La Editorial Católica. Madrid.
- (40) VERNENGO, Roberto J. *Curso de Teoria General del Derecho*. Ed. Cooperadora de Derecho y Ciencias Sociales. Bs. As. 1972.
- (41) Idem. *La Interpretación Literal de la Ley*. Ed. Abeledo Perrot. Bs. As. 1971.
- (42) VILANOVA, José. *Filosofía del Derecho y Fenomenología existencial*. Ed. Cooperd. de Derecho y Ciencias Sociales. Bs. As. 1973.
- (43) VON WRIGHT, Henrik G. *Norma y Acción*. Ed. Castellana. Tecnos. Madrid. 1970.
- (44) WARAT, Luis A. *Abuso del Derecho e Lagunas de la Ley*. Ed. Abeledo Perrot. 1969.
- (45) Idem. *Semiótica y Derecho*. Ed. Eikón. Bs. As. 1972.
- (46) WINCH, Peter y Colaboradores. *Estudios sobre la Filosofía de Wittgenstein*. Ed. Castellana Eudeba. 1971.
- (47) WITTGENSTEIN, Ludwig. *Tractatus Logico-Philosophicus*. Ed. Bilingüe en alemán y castellano, Alianza. Madrid. 1973.
- (48) Idem. *Cuadernos azul y marrón*. Ed. Castellana, Tecnos. Madrid. 1968.
- (49) Idem. *Estética, psicoanálisis y religión*. Ed. Castellana Sudamericana. Bs. As. 1976.
- (50) Idem. *Philosophische Untersuchungen Philosophical Investigations*. Edición bilingüe en alemán y inglés. Basil Blackwell. 1953.
- (51) Idem. *Sobre la certidumbre*. Edición Castellana, Tiempo Nuevo. Bs. As. 1972.

EVOLUÇÃO NEGATIVA DO DIREITO TRIBUTÁRIO BRASILEIRO NO ASPECTO SOCIAL

WALTER JOSÉ DIEHL

Professor de Direito Tributário
na Universidade Federal do Rio Grande do Sul
Advogado em Porto Alegre

I — Rápidas considerações

A tributação, nos dias de hoje, reveste-se de características tão importantes, que desconhecê-las, em toda sua amplitude, significa lamentável omissão.

Longe vão os tempos que tributar significava, pura e simplesmente, suprir o erário de recursos para o atendimento das despesas públicas, obedecida a concepção de que o melhor sistema tributário sempre seria aquele que menos interferisse no processo econômico, como já mencionava o clássico dos clássicos ADAM SMITH. LEROY BEAULIEU⁽¹⁾ enfatiza a opinião de economistas célebres como SMITH, SAY, RICARDO, que dizem ser o imposto a quota-parte exigida de cada cidadão para as despesas do serviço público. Nada mais do que isso.

Vive-se, então, a época da neutralidade tributária, com ênfase exclusiva para os aspectos estritamente fiscais, isto é, uma arrecadação satisfatória com um mínimo de problemas, principalmente em relação ao então dogmático princípio do liberalismo econômico. O problema esgota-se no possível equilíbrio do fenômeno despesa e receita públicas.

Quanto ao primado do aspecto estritamente fiscal da tributação, cumpre ressaltar as incursões feitas, em fins do século XVIII e princípios do século XIX, através de imposições cobradas nas Alfândegas, com a instituição do protecionismo, que tanto favoreceram a Ingla-

terra e os Estados Unidos, hoje extraordinariamente liberais em sua política de comércio internacional, mas somente depois que se tornaram potências industriais. É o alvorecer da tributação com sentido econômico, prática presente e usada, hodiernamente, por todos os países, inclusive de forma expressiva pelo nosso.

Em que pese, todavia, a importância dos aspectos fiscais e econômicos na tributação, cumpre ressaltar, agora, o lugar conquistado por ela, em termos sociais, após a institucionalização da progressividade adotada por Sir WILLIAM HARCOURT, em 1894, na Inglaterra, no imposto sobre sucessões, e que seria completada mais tarde por M. ASQUITH, em 1907, ao aplicá-la no imposto de renda, como nos dá notícia o célebre orçamento de LLOYD GEORGE de 1909-1910 (2)

Estão abertas as portas para uma nova área de grande importância no campo tributário já enunciada por WAGNER, (3) principalmente no que diz respeito aos relevantes problemas da equitativa distribuição e redistribuição da renda e riqueza nacionais.

HUGH DALTON (4), culto professor de Finanças Públicas e de acentuada ação como "Chancellor of the Exchequer", após a 2.^a grande guerra, afirma com muito sentido, que:

"Un sistema de impuestos regresivo tiende a incrementar la desigualdad de los ingresos individuales. Lo mismo ocurre con un sistema impositivo proporcional o lentamente progresivo. Pero un sistema más marcadamente progresivo tiende a reducir la desigualdad, y cuanto más marcada sea la progresión, tanto más fuerte será esta tendencia. En consecuencia, las consideraciones acerca de la distribución de la riqueza nos conducen hacia el sistema más marcadamente progresivo de impuestos que sea practicable".

Indiscutível, pois, que o mérito de um sistema tributário cresce à proporção que atende aos aspectos fiscais, econômicos e sociais da coletividade em que atua. A análise do que ocorre no país, neste campo, é que constitui o objeto desta indicação.

II — A situação brasileira no campo impositivo, principalmente após a Emenda Constitucional 18

O país, tradicionalmente, tem feito repousar o fardo de sua receita pública nos chamados impostos indiretos, tidos como os menos indicados para um ideal de justiça tributária. A prevalência na área federal dos chamados impostos de consumo ou sobre a renda consumida, é por demais sensível, e avassaladora por sua vez, no campo estadual, através do Imposto sobre Circulação de Mercadorias. Tal situação, pelas condições do nosso ainda incipiente desenvolvimento, é difícil de contornar, o que não significa que a ela nos acomodem, como inevitável.

A verdade é que, com abstração do aspecto receita e, mais recentemente do econômico, a capacidade tributária dos entes públicos, no país, tem sido usada sem maiores preocupações com o aspecto social, senão "en passant". Sempre predominou a "ratio fiscalia". A simples humanização dos chamados impostos de consumo, com alívio parcial da tributação sobre bens de primeira necessidade, bem como no imposto de renda, para os ganhos salariais menos expressivos, identifica uma simples compreensão parcial do problema. Aliás, em assim se procedendo, nada mais é feito do que pôr-se em prática princípios elementares que disciplinam a aplicação de tais impostos.

Essa situação de indiferença em torno de tão palpitante assunto — aspectos sócio-políticos de tributação — permanece presente, em que pese a ordenação de uma série de medidas, principalmente no campo econômico, com notáveis reflexos no crescimento do produto interno bruto.

No entanto, apesar de um desenvolvimento econômico acentuado, na última década, o sistema tributário vigente, com sua estruturação moldada na Emenda Constitucional nº 18, de 1965, mostra-se envolvido por uma neutralidade incompatível com a notória e grave má distribuição da renda nacional no país.

Os responsáveis por nossos destinos, com frequência, demonstram estarem sensibilizados com o problema distribuição de renda na-

cional ⁽⁵⁾, mas o enfrentam, na área tributária, através de medidas sem a profundidade necessária, pois o eventual alargamento das faixas de isenção do imposto de renda ou na área dos impostos sobre o consumo e circulação, não resolve o problema no seu aspecto nuclear, qual seja o crescimento da concentração da renda nacional em mãos dos mais ricos em detrimento dos mais pobres.

A situação, a seguir transcrita, baseado no Censo Demográfico de 1970 e citada por MARIO HENRIQUE SIMONSEN ⁽⁶⁾, foca com bastante clareza o problema:

Camada da população	Participação percentual na renda total	
	1960	1970
40% mais pobres	11,20	9,05
10% seguintes	7,49	6,25
10% seguintes	6,49	4,69
10% seguintes	9,03	7,20
10% seguintes	11,31	9,63
10% seguintes	15,61	14,83
10% mais ricos	38,87	48,35
Total	100,00	100,00
80% mais pobres	45,52	36,82
20% mais ricos	54,48	63,18
5% mais ricos	27,35	36,25
1% mais rico	11,72	17,77

Sendo por demais conhecida a natural tendência de concentração nas chamadas economias liberais, principalmente nos países em desenvolvimento, é de admitir-se que a situação a partir de 1970 tenha se agravado ainda mais.

A solução para o problema, evidentemente, não pode ser radical, mesmo porque, a curto prazo, ela seria impossível em uma economia liberal. Todavia, ante a indiscutível notoriedade do problema, cumpre que se tome efetiva consciência da situação e se busque as medidas necessárias, dentro de uma política a longo prazo.

Entre as medidas mais aconselháveis, afora outras, ressaltam os estudiosos o papel da tributação, situação ainda não aproveitada ou corretamente definida, pois a Emenda Constitucional n.º 18 e as Constituições posteriores, se ajudaram de um lado, dificultaram de outro.

A Emenda Constitucional n.º 18, ao consignar o princípio hoje vigente da uniformidade tributária da transmissão, a qualquer título, à base de alíquotas sem expressão, se considerarmos as anteriormente vigentes na área estadual, abriu mão de um dos meios mais expressivos de redistribuição de riqueza nacional. Ao estabelecer a prática de um sistema por natureza regressivo sobre heranças, com apoio em uma alíquota única de 2%, com ignorância do grau de parentesco dos herdeiros em relação ao "de cujus", valor do "monte mor", idade da herança etc., ela deu margem a que retrocedêssemos, nesta área de tributação, quase um século.

Cumprir que, ao se defender o direito de herança, o que é compatível com nosso sistema político e econômico, não se abandone a necessidade de entrosá-lo com os interesses sociais, nem se ignore o que sobre ele tanto discutiram economistas, sociólogos e estudiosos de finanças públicas já no século passado, como JOHN STUART MILL, BENTHAM, WAGNER, RIGNANO e outros ⁽⁷⁾.

A expectativa de que a concentração de riqueza se dissolva por via do direito sucessório, além de ser um posicionamento por demais simplista, peca, ainda, por desaproveitar, em termos tributários, o sensível aumento da capacidade econômica dos herdeiros.

O mesmo é de dizer-se quanto à transmissão da propriedade "inter vivos", regressivamente tributada, sem qualquer enfoque social, à razão de uma alíquota uniforme de 1%.

Quanto ao fenômeno da melhor distribuição de renda, o imposto sobre a renda tem sido usado como um dos instrumentos daquele "social control", como L. H. BERNARD, professor da Washington University, identifica como uma ciência diferenciada. (8)

Isso estará acontecendo no Brasil? De alguma forma, sim. O aspecto positivo da arrecadação do imposto de renda, no exercício de 1975, mostra um decréscimo em termos de arrecadação das pessoas físicas, se comparada com 1974, o que, em parte, pode ser anulado pelo crescimento da arrecadação verificada com origem em descontos na fonte.

Todavia, as frinchas do sistema, que é voltado para um típico capitalismo, privado e público — não esquecer o aumento da participação estatal na economia — permitem que as rendas mais expressivas, que são exatamente as que fluem da riqueza mobiliária e da exploração agro-pastoril, gozem de um tratamento diferenciado, que permite aos primeiros, através de tributação na fonte, a fuga ao sistema de progressão, e às segundas, uma situação de privilégio para o grande proprietário rural, face à forma de cálculo do tributo.

A inexistência de uma tributação sobre os chamados ganhos de capital, por sua vez, permite aos controladores das empresas operações com largos resultados, na venda de seus controles, sem qualquer ônus tributário, afora operações diuturnas no mercado de capital. Os lucros nas operações imobiliárias eventuais, verificados no dia a dia dos negócios, passam despercebidos à tributação, inclusive quanto à contribuição de melhoria, que respaldada em lei, todavia não é dinamizada. Diríamos que o instituto é uma mera ficção de direito.

É estranho que a União afirme que:

"Há necessidade de, mantendo acelerado o crescimento, realizar políticas redistributivas enquanto o bolo cresce (5),

e esquece de, paralelamente, com o imposto de renda, criar um sistema complementar de tributação da riqueza (Wealth tax), tão usado nos países europeus, principalmente por seu notório efeito redistributivo da riqueza.

A manutenção de alguns critérios no campo do imposto de renda, principalmente nos chamados ganhos de capital, permitirá sempre e cada vez mais às grandes fortunas endereçarem suas atividades para setores de mínima tributação, medida que não se contesta, mas que anula as desejadas vantagens distributivas. Eles ensejam a política de "contribuintes ricos" que pagam pouco imposto, em contraste com os "contribuintes pobres" em relação àqueles, mas que pagam somas razoáveis de imposto (executivos bem remunerados, profissionais liberais, etc.).

O presente trabalho que, sem maior pretensão, visa sensibilizar a nobre classe dos advogados para a matéria, certamente pouca coisa está dizendo de novo. Raro é o dia, por este Brasil afora, certamente, que alguém não toma conhecimento de uma grande operação imobiliária, com largos lucros, mesmo descontada a inflação, cuja valorização é quase sempre fruto de obras públicas, custeadas com o sacrifício de todos os contribuintes, e que enriquecem o feliz proprietário, sem que se lhe exija, após, qualquer retribuição. Estará certo?

O que se pretende, pois, é que no campo da tributação, sem radicalismo, além da "ratio fiscalia" e "ratio economica", se adote uma sócio-política, como uma das medidas para perseguir uma melhor distribuição da renda e da riqueza nacional. Com isso, além da estabilidade social, estaremos aprimorando a formação política do país por sua menor dependência de concentração de poder econômico, como tão bem identifica a lição de HAROLD J. LASKI, quando diz:

"The manner in which property is distributed will always, in a system so largely individualist as our own, determine also the distribution of economic power. And it is inevitable that economic power should, in its turn, chiefly determine the distribution of political power also". (9)

Esta é a indicação formulada, com a devida vênia, para ser considerada pelos cultos integrantes do VI Congresso dos Advogados do Rio Grande do Sul.

Porto Alegre, 18 de outubro de 1976.

BIBLIOGRAFIA

- (1) BEAULIEN, Paul Leroy. *Traité de la Science de Finances*. Paris, Guillaumin, 1888. v. 1, p. 111 et seq.
- (2) LIMPENS, Alberic. *L'Impôt sur le Revenu en Angleterre*. Paris, Marcel Rivière, 1923. p. 19 et seq.
- (3) WAGNER, A. *Traité de la Science de Finances*. Paris, V. Giard & E. Briere, 1913.
- (4) DALTON, Hugh. *Princípios de Finanças Públicas*. Buenos Aires, Depalme, 1913. p. 148.
- (5) BRASIL. Atos do Poder Legislativo. Lei n.º 6.151 — 4 dez. 1974. II Plano Nacional de Desenvolvimento — PND (1975-1979). *Diário Oficial*, Brasília, supl. 6 dez. 1974. p. 16-8, cap. 6 — Estratégia de Desenvolvimento Social.
- (6) SIMONSEN, Mário Henrique. Desenvolvimento e Distribuição de Renda. *O Globo*, Rio de Janeiro, 17-24.3.1972. Caderno Econômico 71-72, p. 4.
- (7) AHUMADA, Guilherme. *Tratado de Finanzas Públicas*. Córdoba, Assandri, 1948. v. 2, p. 468 et seq.
- (8) SILVA, João Saldanha de Gama e. *Tributação sobre a Renda e Capitalismo*, Rio, Atlas, 1946. p. 76.
- (9) LASKI, Harold J. *A Grammar of Politics*. 4. ed. London, George Allen & Unwin, 1937. p. 524.

TRANSFERÊNCIA DO DOMÍNIO NA DESAPROPRIAÇÃO

TELMO CANDIOTA DA ROSA
FILHO

Advogado de Ofício
do Estado do Rio Grande do Sul

1. O conceito de domínio eminente tem justificação histórica. No Brasil a Coroa doava terras (inicialmente devolutas e públicas) para cultivo, através das “cartas dadas” ou das “datas de terra”, tendo sido depois autorizada a venda dessas terras, pela Lei n.º 601, de 18 de setembro de 1850. As cartas de sesmaria tinham assento no Livro 4.º da Ordenação, título 43. Outorgavam o domínio pleno das terras mencionadas.

Hoje o princípio dominante, inclusive com assento constitucional (artigo 153, § 22, da Constituição Federal), é o da propriedade privada. Diante dele o que atua quando o Estado exerce atos de soberania não é o domínio eminente, mas exatamente a posição forte do Estado soberano. Assim, na requisição, na desapropriação e no confisco, por exemplo, temos relações jurídicas positivas, sem qualquer dado suprallegal ou metafísico, onde a bilateralidade está prejudicada pela posição privilegiada do Estado.

A superação do liberalismo e do individualismo justifica o fortalecimento do Estado e sua intervenção na órbita privada. Isso permite a unilateralidade de certos atos, onde se tomam medidas independentemente de apreciação do poder judiciário.

O domínio eminente se justificou quando a regra era a propriedade pública. A prova disso é que o Estado (temos em vista o mundo ocidental) hoje não pode desapropriar ao mesmo tempo mais do que uma parcela mínima do seu território, uma vez que o domínio privado

se impôs, limitando, "lato sensu", os poderes emergentes da própria soberania. Aliás, conceber-se tal amplitude ao ato de desapropriar importaria em se conceber a possibilidade de mudança radical em nossa realidade política, social e econômica.

2. Não concebemos a desapropriação como forma de restabelecimento do domínio eminente. Além de perda da propriedade para o expropriado, ela significa aquisição para o expropriante. Aquisição originária, porque o bem ingressa no patrimônio público inteiramente despidido de quaisquer ônus reais ou pessoais que sobre ele possam recair, ficando os encargos sub-rogados no valor da indenização. Aquisição e perda do domínio são simultâneas.

3. A desapropriação ganha publicidade com o decreto que declara a utilidade pública. O registro de imóveis visa regular a transmissão da propriedade privada, daí só ocorrer ela com a transcrição. Se o bem expropriado se destina ao tipo dominical, é justo que se exija a transcrição para se fixar o momento da aquisição pelo Estado, nesse passo equiparado ao particular. Se o bem tiver de ser de uso comum ou especial, a transcrição será desnecessária, pois a publicidade já foi dada antes pelo decreto. Diz PONTES DE MIRANDA: "Se a desapropriação foi para a coisa ficar "extra commercium" ou "nullius", não há a eficácia constitutiva positiva da transcrição: só há a negativa, que é a da perda da propriedade." (Tratado das Ações. São Paulo, R. T., 1973. V.4, p.441).

Todavia, pensamos que o registro da sentença deva ser exigido sempre, face à possibilidade de alienações fraudulentas. Embora a transcrição não opere a transmissão do domínio (mesmo no caso do bem dominical, para não se ferir o sistema), ela resguarda a propriedade privada da fraude. Ideal seria que a simples existência da ação desapropriatória fosse averbada no registro de imóveis. Conhecemos caso em que uma empresa construtora comprou uma área para edificar, pagando preço elevado por esse motivo. O alienante ignorava que o bem fora declarado de utilidade pública. A empresa se subsumiu no direito de receber a indenização, muito inferior ao que pagara.

4. Para o Estado a transcrição no registro de imóveis é desnecessária. A publicidade foi dada pelo decreto e pela sentença. É imprescindível que o patrimônio privado seja resguardado e a forma mais simples de fazê-lo é através do registro da sentença. O Registro de Imóveis é um órgão do próprio Estado, que não precisa de se valer de si mesmo para justificar sua propriedade.

Interessante notar que a constituição de direitos reais, tais como a venda de terras e a hipoteca convencional, se podia fazer, até o advento da Lei n.º 1.237, de 24.09.1864 (reformou a legislação hipotecária e estabeleceu as bases das sociedades de crédito real), através de termo lavrado na entidade pública, isto é, sob forma administrativa.

5. O expropriado pode vender o bem, ainda que tenha sido feito o depósito prévio. Ainda PONTES DE MIRANDA:

"Durante o procedimento, não importa qualquer mudança a respeito do proprietário: cada adquirente entra na relação jurídica processual, se o quer, e mostra, de acordo com a lei, a sua legitimação." (Op. cit. v.4, p.491).

Essa possibilidade desaparece quando o expropriante paga a indenização definitiva. Em ambas as hipóteses as alienações são inoponíveis ao Estado por força de lei. Na primeira o adquirente se sub-rogará no direito de receber a indenização, na segunda a transação será nula, cabendo a ele apenas o direito a perdas e danos, provando a má fé do alienante:

Então não é o depósito prévio que consolida a aquisição da propriedade imóvel pelo Estado. Nem a transcrição, que é necessária como meio de proteção ao patrimônio privado. Será a sentença? A finalidade dessa é ordenar ao expropriante que, para acabar a desapropriação, deve pagar o preço X, isto é, o valor justo e razoável. A indenização é prévia à desapropriação. A ação de desapropriação tem, basicamente, o valor de um arbitramento, desde que o ato jurídico revista as formalidades legais. A desapropriação é ato jurídico "stricto sensu".

O Estado pede ao juiz que arbitre o valor, que diga qual o preço. A sentença emergente tem uma eficácia mandamental, mas, fundamentalmente, é condicional: "Se queres adquirir, paga tanto". Não tem caráter condenatório. Não tem efeito constitutivo. O expropriante pode desistir da desapropriação até o momento em que paga ou deposita o preço. Responderá por eventuais danos causados pela posse provisória, bem como pelos lucros cessantes. O que constitui a propriedade do Estado é o pagamento ou o depósito.

6. No direito à reaquisição o expropriado pode haver a coisa pelo preço que recebeu. Essa preferência encerra um privilégio diante de um ato de soberania. Se há interesse da ordem jurídica de que o bem, depois de consolidada a desapropriação, volte ao patrimônio do expropriado, inegável que esse privilégio deve atuar quando o expropriante desiste da desapropriação, apesar da sentença transitada em julgado, antes de indenizar, inteiramente resguardado o patrimônio privado. Nesse caso o bem não volta ao patrimônio privado, mas permanece nele.

7. A lei exige que a indenização seja prévia. Em relação a quem, senão à transferência do domínio? Só a consignação ou o pagamento decorrentes da sentença definitiva operam aquela transferência. Se o valor do depósito prévio coincidiu com o fixado na sentença, não podemos concluir que o domínio foi transmitido no momento em que ocorreu aquele. A quantia era certa quanto à existência, não quanto ao valor (ilíquida) e ao tempo. Pairava, além disso, sobre uma situação precária de posse.

No Decreto-Lei n.º 3.365, de 21.06.1941, temos três sentenças: a do artigo 22, a do artigo 27 e a do artigo 29. Embora formalmente essa coincida com a anterior, ela tem a eficácia constitutiva, que lhe advém do fato de ser posterior ao pagamento ou ao depósito. O pagamento constitui o domínio, a sentença formaliza o ato para o efeito da transcrição. No caso do parágrafo anterior (depósito prévio coincidente) essa sentença inexistente, inexistindo mesmo a condicional do artigo 27 por ocasião do depósito: Nenhum efeito constitutivo se pode vislumbrar aí, mesmo porque o expropriado ainda pode alienar validamente, conforme expusemos no item número cinco acima.

8. O artigo 35 da Lei n.º 3.365/1941 não rompe a sistemática. Ocorre algo semelhante com o ato processual nulo, onde a sentença transita em julgado e a parte decai do direito de usar a ação rescisória. É exemplo a sentença prolatada por juiz absolutamente incompetente. No entanto, não é porque a lei veda a modificação do ato que nós poderíamos considerá-lo válido. A nulidade absoluta acompanha o ato até sua morte, como um aleijão irreversível. A lei não pode dizer que a sentença de desapropriação, eivada de nulidade absoluta, se torna válida porque não admite ação reivindicatória em certos casos. A nulidade permanece, mas por uma ficção ou imposição legal, fica indiscutível, imodificável a realidade criada pelo processo, qual seja a transferência do domínio operada pelo pagamento ou o depósito. Essa inexorabilidade do ato processual nulo se dá em homenagem ao princípio da soberania e da segurança do Estado, guardião da coletividade.

Temos algo semelhante no processo penal, em que a sentença absolutória atingida por nulidade absoluta, uma vez transitada em julgado, não admite revisão. A lei assim dispõe em homenagem ao princípio da defesa, que neste passo desequilibra o do contraditório.

Porto Alegre, 18 de novembro de 1976.

PARECERES

CONCESSÃO MERCANTIL

ALMIRO DO COUTO E SILVA

Consultor Jurídico do Estado do

Rio Grande do Sul

Professor da Faculdade de Direito

da Universidade Federal do Rio

Grande do Sul

I. A CONSULTA

1. A 20 de julho de 1972 empresa distribuidora de produtos de petróleo celebrou com "AB & Cia. Ltda.", com sede no Estado do Rio Grande do Sul, contrato designado como de "comodato de equipamento de venda", em que a primeira figurava como comodante e a segunda como comodatária.
2. Por esse contrato a comodante cedia à comodatária, pelo prazo de 20 anos, a posse de bombas elétricas e de tanques de ferro, os quais deveriam ser usados "unicamente para depósito e venda de produtos adquiridos da comodante pela comodatária" (cláusula X, a). Obrigava-se ainda a comodatária a "não utilizar o equipamento emprestado para armazenamento, guarda, medição, distribuição ou venda de produtos que não lhe sejam fornecidos pela própria comodante", bem como "a não colocar ou não permitir que seja colocada no equipamento emprestado pela comodante, ou em sua proximidade, qualquer forma de produtos de marcas que não da comodante" (cláusula X, e).
3. Ficou igualmente ajustado que em caso de infração de cláusula contratual por parte da comodatária estaria esta sujeita ao pagamento de multa de valor igual a 300 vezes o maior salário-mínimo vigente no País, à data da infração, cabendo-lhe, além disso, reembolsar o comodante de todas as despesas feitas para instalação e retirada do equipamento emprestado, corrigidas as despesas de instalação de acordo com os índices de desvalorização da moeda estabelecidos pelos órgãos governamentais competentes (cláusula XIV e XV).

4. Sob o título "contrato relativo à venda e fornecimento de produtos" as mesmas partes, a 20 de setembro de 1974, subscreveram documento pelo qual a empresa distribuidora comprometia-se, pelo prazo de 18 anos, a fornecer a AB & Cia. Ltda. quantidades não inferiores às quotas mensais de produtos derivados de petróleo que ali vinham precisamente discriminadas.

Reiterava-se, também, que os equipamentos entregues em comodato seriam utilizados unicamente para a revenda dos combustíveis fornecidos pela empresa distribuidora assegurando-se, assim, a exclusividade na distribuição dos produtos dessa marca.

5. Na cláusula XIII do segundo instrumento lê-se:

"A infração de qualquer das obrigações ora assumidas ou o inadimplemento de qualquer estipulação contratual sujeitará a parte infratora ao pagamento à outra de uma multa compensatória na base de multiplicação da quantidade faltante de todos os produtos para completar o volume previsto para toda a vigência deste instrumento, pelo valor dos encargos de distribuição constantes das estruturas de preços do Conselho Nacional de Petróleo e parte integrante do preço de venda da empresa distribuidora.

6. A 11 de agosto deste ano, AB & Cia. Ltda. endereçou à empresa distribuidora carta na qual declarava não ter mais interesse em manter o contrato de comodato. Em vista disto, invocando o art. 1.248 do Código Civil, denunciou-o, pondo à disposição da comodante os equipamentos a ela pertencentes, que deveriam ser retirados no prazo de 3 dias.

A empresa distribuidora respondeu imediatamente manifestando sua inconformidade com esse procedimento.

Logo após, AB & Cia. Ltda. passou a revender produtos derivados de petróleo fornecidos por outra empresa.

7. Expondo os fatos ora descritos e exibindo os documentos com eles relacionados, indaga a empresa distribuidora quais as consequências jurídicas resultantes da atitude assumida por AB & Cia. Ltda. e quais as providências judiciais porventura cabíveis.

II. OS CONTRATOS E AS NOVAS FORMAS DE DISTRIBUIÇÃO

8. A correção das respostas à consulta formulada está condicionada pela exatidão do diagnóstico quanto à categoria jurídica em que se enquadram os contratos subscritos pelas partes.

9. Há duas maneiras de considerar a situação proposta:

a) A primeira delas consiste em analisar os atos jurídicos sob o ângulo tradicional, procurando reduzi-los a tipos de contratos já perfeitamente definidos pela doutrina e jurisprudência. A adoção desse critério leva à aceitação da idéia de que estaríamos, na verdade, diante de dois contratos distintos — um de comodato e outro de venda ou de promessa de venda mercantil. Malgrado a irrecusável existência de vínculos entre ambos, substancial ou intrinsecamente seriam eles independentes, possuindo causas jurídicas diversas.

b) A segunda visualiza nos acordos de vontade estabelecidos uma cadeia de fatos que se subsumem, apesar da aparente diversidade, num único padrão conceitual, moldado pelas exigências econômicas do mundo moderno e insuscetível por isso mesmo, de ser entendido ou explicado por meio das categorias jurídicas tranqüilamente consagradas.

Na verdade, nas últimas décadas, a existência de extensas redes de distribuição de certos produtos, compostas de intermediários independentes e exclusivos, vem desafiando os estudiosos e legisladores a definirem, em todas as minúcias, a roupagem jurídica apropriada a cobrir certas relações de cooperação engendradas pelas práticas comerciais de nossos dias.

O fenômeno manifesta-se com especial realce nas economias mais desenvolvidas e não apenas na distribuição dos produtos da indústria automobilística ou dos derivados de petróleo, mas também nas

áreas de artigos de precisão, de aparelhos eletro-domésticos, de bebidas, móveis, vestuários, livros e produtos de beleza, a ponto de, em 1972 como nota JEAN GUYENOT — a venda de bens por esse sistema ter representado, nos Estados Unidos, 30% do volume total dos negócios realizados nos setores de distribuição e de serviços, o que significa pouco mais de 10% do produto nacional bruto (*La Franchise Commerciale*, "Revue Trimestrielle de Droit Commercial", 1973 págs. 168 e 169).

A empresa produtora, nesses casos, não se incumbe ela própria da distribuição dos seus produtos, os quais são, as mais das vezes, vendidos a intermediários que, por sua vez, os revendem aos consumidores, obtendo vantagem econômica com a diferença entre o preço de compra e o de revenda. A instalação dos postos de distribuição ou de revenda dos bens cabe de regra ao intermediário, que deles tem, também, geralmente a propriedade, ainda que a constituição e a instalação dos postos seja quase sempre financiada pelo produtor. Frequentemente essas instalações devem obedecer a modelos estabelecidos pelo fabricante ou produtor que, igualmente, fixa as tabelas de preços de revenda, quando esses preços não sejam determinados por órgãos estatais, como ocorre, entre nós, com os derivados de petróleo.

11. Relações dessa índole ocorrem, com maior ou menor frequência, em todos os regimes capitalistas e as conclusões a que os juristas têm chegado, em diferentes países, são semelhantes quanto aos pontos essenciais, limitando-se as discordâncias a aspectos secundários, a nuances dogmáticas ou a questões de nomenclatura.

Por certo, nos países cujo direito se filia à tradição de Direito Romano, tem sido mais intensa a investigação científica a propósito desses temas, enquanto que no sistema anglo-americano a definição dos contornos das figuras contratuais que os novos fatos econômicos geram vem sendo estabelecida — como é aliás característico — em termos mais pragmáticos que teóricos.

Parece assente, de qualquer forma, a impossibilidade de tratar realidades novas com instrumental antigo. A partir dessa constatação explica-se o interesse dos especialistas pelo exame da figura da

concessão mercantil, proposta nos países de direito codificado como forma contratual adequada a dar cobertura jurídica aos vínculos constituídos entre produtores e intermediários em modernos processos de distribuição de bens. As mesmas razões servem para justificar o empenho com que, nesses mesmos países, vem sendo estudado o contrato do direito americano designado de *franchise* — que, naquele sistema jurídico, corresponde, apesar de não ser idêntico, ao de concessão mercantil (JEAN GUYENOT, op. cit.).

III. CONCESSÃO MERCANTIL

12. Deve-se a CLAUDE CHAMPAUD o estudo mais importante sobre a concessão mercantil (*La Concession Commerciale*, "Revue Trimestrielle de Droit Commercial", 1963, pág. 451 e segs.).

Define ele a concessão mercantil como sendo "um acordo pelo qual um comerciante, chamado concessionário, coloca sua empresa de distribuição a serviço de um comerciante ou industrial, chamado cedente, para assegurar, exclusivamente, sobre certo território, durante um período determinado e sob a fiscalização do concedente, a distribuição dos produtos cujo monopólio de revenda lhe é concedido" (op. cit., pág. 471).

Para afastar a crítica de que a concessão mercantil não seria mais do que um rótulo novo para uma categoria jurídica já conhecida, impõe-se, antes de mais nada, demonstrar as diferenças que a separam de outros contratos em que é possível a aposição da cláusula de exclusividade. Em outras palavras, é indispensável evidenciar que a concessão mercantil não se confunde com a compra e venda, em qualquer de suas modalidades, ou com o mandato, a comissão mercantil, a agência ou ainda o contrato de licença de marca.

13. CHAMPAUD e os demais autores que se ocuparam do assunto demonstraram convincentemente, a meu juízo, que a concessão comercial é inconfundível com a compra e venda (1).

(1) No Brasil, o único trabalho doutrinário que conhecemos, a propósito da concessão mercantil, é o de RUBENS REQUIAO (*O contrato de Concessão de Venda com Ex-*

A nota distintiva, neste particular, está em que o propósito dos contratantes na concessão comercial não é simplesmente o de vender e o de comprar.

A atribuição patrimonial a que o vendedor se obriga não tem explicação, apenas, na circunstância de receber, em contraprestação, o pagamento do preço que lhe é oferecido pelo comprador — o que serviria para identificar, em termos objetivos, como se requer, a causa jurídica da compra e venda. Na concessão mercantil a outorga de determinadas vantagens ao concessionário visa sobretudo a estabelecer, para o concedente, um ponto de revenda de seus produtos que, unido a outros pontos, dê lugar à formação de toda uma rede de distribuição. Para isso, os interesses do concessionário se associam aos interesses do concedente. Não há interesses distintos, o de comprar de um lado, e o de vender de outro. A intenção ou o interesse comum é o de distribuir, o que economicamente caracteriza uma relação de cooperação, perfeitamente diferenciada dos vínculos que se estabelecem na compra e venda (2).

elusividade, RF, 239, pág. 7 e segs.). Muito embora REQUIAO prefira designar o contrato como concessão de venda com exclusividade, seguindo o modelo da lei belga, afirma ele, em consonância com toda a doutrina moderna, que se trata de contrato distinto do de compra e venda, por possuir outra causa e outra função econômica (p. 10 e segs.). Sobre o tema, além da bibliografia ali citada, cabe referir ainda: J. THÉARD, "Le concessionaire doit-il solliciter la protection du législateur," *Revue Trimestrielle de Droit Commercial*, 1972, pág. 537 e segs. e, por último, com ampla análise da matéria e do *status quaestionis* na doutrina, TERESA PUENTE MUÑOZ, *El contrato de Concesión Mercantil*, Madrid, 1976, especialmente pág. 49 e segs.).

- (2) PUENTE MUÑOZ bem realça a diferença, ao dizer: "Juridicamente es conveniente, al estudiar la concesión mercantil, que partamos de una premisa: no es la misma causa la del contrato de compraventa que la de un contrato de concesión mercantil. El que concluye un contrato de concesión mercantil no quiere solo vender aquellas mercaderías. Quiere "sugirlas" hasta su reventa al consumidor. Pretende conservar un determinado control sobre los géneros vendidos hasta su reventa. El que las adquiere, como consecuencia, se obliga a algo más que a abonar el precio de los mismos. Se obliga a colaborar en la reventa de aquellos bienes, lo que se traduce en una serie de pactos típicos de esta figura jurídica. Hay en el contrato de concesión mercantil una misma finalidad última para concedente y concesionario: la colaboración para la venta de un determinado producto" (op. cit., pág.

Por certo, a distribuição dos bens se realiza pela compra feita pelo concessionário ao concedente e pela revenda que o concessionário faz a terceiros, mas esses atos de compra e venda, encarados isoladamente não exaurem toda a realidade, nem os objetivos perseguidos só por eles se realizam.

CHAMPAUD sublinha excelentemente o discrimine ao firmar na sua definição da concessão mercantil que o concessionário "coloca sua empresa de distribuição a serviço de um comerciante ou industrial, chamado concedente". Essa total dedicação do concessionário à tarefa de distribuir, por atos de revenda, os produtos do concedente com plena convergência dos interesses de ambos, é que expressa, a um tempo, a diferente causa jurídica e a distinta função econômica dos contratos de compra e venda e de concessão mercantil, muito embora neste se compreendam elementos daquele.

14. A diversidade de causa e de função econômica é, igualmente, o dado que serve para distinguir a concessão mercantil do mandato mercantil, da comissão mercantil da agência ou do contrato de licença de marca.

a) No mandato mercantil age o mandatário em nome do mandante, e não em nome próprio. Os negócios jurídicos que o mandatário realiza vinculam desde logo o mandante, bem diversamente do que sucede na concessão mercantil, em que o concessionário, ainda que economicamente possa encontrar-se subordinado ao concedente, juri-

34 e 35). Também particularmente incisivo, sobre este ponto, J. THÉARD, o qual, depois de deter-se na análise dos contratos de concessão mercantil de produtos derivados de petróleo, conclui: "Le contrat n'est pas en lui même une vente, il ne comporte aucune quantité, il ne s'agit pas d'un marché des livraisons successives, mais il est caractérisé par un engagement de fidélité d'approvisionnement. C'est l'exclusivité qui en est objectivement l'élément essentiel" (op. cit., pág. 545). De modo semelhante, e com mais precisão, RODIÈRE e CHAMPAUD: "L'intégration en est la véritable cause est non l'achat pour revente" (A propos des pompistes de marque, apud J. THÉARD, op. e loc. cit.).

dicamente é ele, todavia, independente, praticando atos jurídicos em seu nome e por sua própria conta (3).

b) Na comissão mercantil, por outro lado, o comissário não adquire os bens que lhe foram confiados ou consignados pelo comitente, para serem vendidos. Externamente, nas relações com terceiros, aparece o comissário, mas os objetos que vende não lhe pertencem e sim ao comitente, no interesse de quem age e ao qual deve prestar contas em razão do vínculo interno que os une.

c) No contrato de agência o agente promove conclusões de negócios jurídicos de terceiros com a empresa perante a qual se obrigou a exercer essa atividade (PONTES DE MIRANDA, *Tratado de Direito Privado*, v. 54, p. 23 e segs.). Como se vê, a situação é totalmente diversa da que se configura na concessão mercantil. As semelhanças só aparecem no que diz respeito à cláusula de exclusividade, que é frequentíssima nos contratos de agência e é, pode-se dizer, imanente ao contrato de concessão mercantil.

d) Finalmente, o que caracteriza o contrato de licença de marca é a autorização concedida pelo proprietário de determinada marca de que outrem a utilize na venda de seus produtos ou de produtos alheios, de cuja exploração comercial se beneficia (PUENTE MUÑOZ, op. cit. pág. 64).

Na concessão mercantil o concessionário vende, com exclusividade, produtos de determinada marca, mas que são fabricados pelo concedente e não por ele, concessionário.

15. A análise comparativa dos traços específicos da concessão mercantil com os demais contratos que com ela apresentam maior afinidade demonstra, à evidência, que se trata de contrato que com aqueles não se identifica, muito embora contenha elementos que apareçam em um ou outro, o que é especialmente verdadeiro no que se relaciona com a compra e venda.

(3) No gênero mandato mercantil compreende-se a representação comercial, a que a Lei n.º 4986, de 1965, deu tratamento específico. Dada a nítida distinção entre mandato e concessão mercantil, é aquela lei inaplicável, até mesmo analogicamente, a esta classe de contratos. Nesse sentido, RUBENS REQUIAO (op. cit. pág. 20).

IV. CONTRATOS CONEXOS E CONTRATOS MISTOS

16. Na realização da distribuição de bens, a que serve o contrato de concessão mercantil, várias convenções são firmadas entre os interessados. É comuníssimo, no que tange especificamente à distribuição de produtos derivados de petróleo, que o produtor financie a instalação dos postos de revenda, assegurando seu crédito mediante hipoteca e invariavelmente, nesses casos, entre nós, o produtor empresta as bombas e depósitos ao concessionário, que se obriga a utilizá-los exclusivamente na revenda dos produtos que se compromete a adquirir, também com exclusividade, observando quotas mínimas mensais.

17. É indubitoso que todos esses ajustes são polarizados pela mesma idéia e perseguem a realização de idêntico objetivo econômico, que é o de proporcionar ao concedente a distribuição de seus produtos. Esta é a finalidade do contrato de financiamento, do de abertura de crédito e dos que os interessados habitualmente denominam de comodato e de venda e fornecimento de produtos.

Todavia, nessa teia de vínculos que tendem a um ponto comum cabe discernir até onde se dilatam os limites da concessão mercantil e quais são os contratos com ela conexos.

18. Ao lado dos contratos nominados ou típicos, que obedecem a uma disciplina legal específica, é sabido que existem outras formas contratuais, nascidas de necessidades econômicas, que não são objeto de normas jurídicas que lhes fixem os elementos essenciais ou explicitamente definam as conseqüências que, no silêncio das partes, irão produzir.

Esses contratos inominados contêm frequentemente elementos de contratos típicos, razão pela qual a doutrina alemã prefere denominá-los de contratos mistos (*gemischte Verträge*). A nota que os distancia dos contratos típicos é a diferença de causa e a distinta função econômica que desempenham (MESSINEO, *Il Contrato in Generale*, Giuffrè, 1968, vol. 1.º, pág. 702). Por esse critério, apesar das semelhanças estruturais que possam existir entre dois contratos, se um deles tiver causa distinta, tal particularidade estará a exigir seu enquadramento em outra categoria.

Na concessão mercantil já registramos que aparecem com grande relevo traços que são característicos da compra e venda e especialmente de uma das modalidades da compra e venda, tal a que se mostra nos chamados contratos de fornecimento, sobretudo quando deles conste cláusula de exclusividade.

O dono da serraria que se obriga a vender, com exclusividade, toda a sua produção para determinada indústria, realiza contrato de compra e venda ou de fornecimento. Obriga-se a fazer uma atribuição patrimonial ao comprador porque este lhe irá pagar determinado preço. Aí está a causa jurídica do contrato.

Bem distinta é a hipótese em que o fabricante de certo produto celebra com outra empresa contrato pelo qual esta compromete a comprar exclusivamente seus produtos, para após revendê-los e, desse modo, pela conjunção de interesses, atingir o fim desejado, que é a distribuição dos bens.

No primeiro exemplo, o destino ulterior do objeto da compra e venda em nada importa ao vendedor. No segundo, o concessionário é, de certa forma, apesar de sua independência jurídica, a longa mão do concedente, pois é ele que irá realizar, pelas operações de revenda, os fins por aquele pretendidos.

Esses exemplos contrastam a diversidade de função econômica da compra e venda e da concessão mercantil, bem como a de suas causas jurídicas.

19. Na distribuição dos produtos derivados de petróleo o contrato que se estabelece entre a empresa que se compromete a fornecer o produto e a que se obriga a revender é, pois, claramente de concessão mercantil.

20. A prática comercial e os usos do tráfico demonstram, de outra parte, que aos elementos do contrato de compra e venda, contidos na concessão mercantil, liga-se convenção pela qual uma das partes obriga-se a entregar à outra, em comodato, equipamentos que deverão ser utilizados exclusivamente na revenda dos produtos fornecidos pelo concedente.

Conquanto esses atos sejam geralmente feitos em instrumentos apartados, a infalível frequência com que os elementos de compra e venda e de comodato aparecem combinados na prática dos negócios induz a que se conclua, sem nenhuma hesitação, que eles não podem ser considerados isolada ou fragmentariamente, como se compusessem dois contratos distintos, e sim como partes que se entrelaçam para formar um único contrato: o contrato misto de concessão mercantil.

A circunstância de terem datas distintas os instrumentos contratuais é irrelevante. Na verdade, por vezes dão as partes forma escrita só ao ajuste sobre o comodato. E, com base nele, começam a ser feitos os fornecimentos. Quer isso significar, em termos mais técnicos, que desde logo se estabelece o contrato de concessão mercantil, posto que sob forma meramente verbal e não escrita. Forma escrita dá-se, apenas, inicialmente, à cláusula acessória de comodato e só depois ao contrato de concessão mercantil, que logicamente a contém.

É inegável que em tal combinação os elementos característicos da compra e venda têm importância consideravelmente maior que os do comodato, tanto assim que é perfeitamente possível pensar em contrato de concessão mercantil sem os componentes do comodato, mas o mesmo não se pode dizer dos que tipificam a compra e venda (4).

(4) RUBENS REQUIAO, ainda que salientando que compra e venda e concessão mercantil são contratos distintos, reconhece que na concessão mercantil os elementos preeminentes provêm da compra e venda: "Profundas diferenças, com efeito, existem entre o contrato de compra e venda e o contrato de concessão de venda com exclusividade. O mais que poderíamos avançar, seria considerar o contrato típico de compra e venda mercantil como o núcleo inicial, a pedra angular, sobre o qual se edifica a disciplina do contrato de concessão de venda com exclusividade, sem desdenhar da valiosa e importante contribuição de outros contratos que compõem o novo esquema negocial" (op. cit., pág. 10). FRANCESCHELLI sustenta a mesma opinião, entendendo haver uma dependência funcional e estrutural dos ajustes singulares ao contrato principal, que seria o de compra e venda (*Natura giuridica della compravendita con esclusiva*, "Revista Diritto Commerciale", 1939, vol. I, pág. 257). Também PUENTE MUÑOZ: "No es en nuestros tiempos la concepción mercantil el único contrato en el que tiene lugar el fenómeno jurídico de contener-se relaciones jurídicas de naturaleza muy diversa. Por el contrario, la complejidad de las relaciones económicas lleva hasta este tipo de contratos de contenido múltiple, difíciles de reconducir a una unidad. La unidad de los mismos la da únicamente su finalidad económica única. "En este caso, vender". (op. cit., pág. 90).

As estipulações relativas ao comodato, apesar de embutidas na concessão mercantil, representam portanto, dentro desta, um papel subordinado, de caráter instrumental ou acessório.

E mesmo que se quisesse negar a existência da concessão mercantil como contrato atípico, considerando-a simples contrato de venda, com cláusula de exclusividade, de qualquer modo o comodato convencional seria de natureza secundária ou acidental.

21. A doutrina conhece quatro espécies de contratos mistos.

a) A primeira e a mais atenuada delas é aquela em que a um contrato típico se acrescenta cláusula secundária, que contém elementos de outro contrato. Tal o que ocorre, por exemplo, quando alguém dá em locação um quarto, obrigando-se a realizar, também, os serviços de limpeza, ou quando alguém vende cereais, ficando estabelecido no contrato que os sacos, emprestados pelo vendedor, deverão ser devolvidos dentro de determinado prazo (ENNECCERUS — LEHMANN, *Das Schuldrecht*, 1958, pág. 396). A aposição dessas cláusulas não descaracteriza, respectivamente, a locação ou a compra e venda.

b) A segunda se manifesta quando uma das partes deve realizar duas prestações, **de valor equivalente**, enquanto a contraprestação da outra é unitária. As prestações equivalentes, além disso, devem apresentar-se tão interligadas que não se possa dizer qual delas é a prestação principal (KARL LARENZ, *Derecho de Obligaciones*, Madrid, 1959, vol. II, pág. 9.). Exemplo dessa situação encontramos no hotelheiro que cede o uso dos cômodos e obriga-se, ainda, a fornecer alimentação e a prestar certos serviços, tudo mediante o pagamento de determinada quantia. Fala-se, neste caso, em contratos gêmeos (**Zwillingungsverträge**) ou de tipo combinados.

c) A terceira hipótese verifica-se quando a contraprestação que se realiza, em determinado contrato típico, não é a que corresponde a este contrato e sim a outro. É o que sucede quando alguém alugar um quarto ao vigia e o aluguel é pago com a prestação dos serviços. São esses contratos chamados de híbridos ou de duplo tipo (**Zwittler ou Doppeltypischeverträge**).

d) A quarta e última hipótese dá-se quando uma única prestação tem dupla natureza. A venda a B objeto que vale 100 pelo preço de 50. Há aí o que se qualifica como **negotium mixtum cum donatione**, pois há, ao mesmo tempo, compra e venda e doação. São os contratos mistos em sentido estrito (5).

22. A simples enunciação das características de cada uma das espécies de contratos mistos já deixa entrever que o contrato de concessão mercantil, no qual se contém convenção de comodato, enquadra-se claramente na primeira categoria, uma vez que os elementos do comodato não se equiparam em importância aos da compra e venda, que igualmente integram a concessão mercantil (6).

23. Nesses casos tem-se como certo que o contrato há de ter tratamento jurídico adequado à categoria dominante, só se aplicando as regras relativas aos ajustes secundários quando elas não entrem em conflito com as que disciplinam a categoria considerada principal (ESSER-SCHMIDT, *Schuldrecht*, tomo I, vol. 1.º — *Allgemeiner Teil*, 1975, pág. 121; ENNECCERUS — LEHMANN, p. cit., pág. 397). É esta a única hipótese em que se pode dizer que tem cabal aplicação a teoria da absorção (ENNECCERUS-LEHMANN, op. cit., pág. 397). Nas demais hipóteses, geralmente os elementos típicos que as compõem são tratados em conformidade com as regras que regem os contratos típicos a que pertencem e de que foram destacados, atendendo-se sempre para a função e natureza do contrato a que se ligam (7).

(5) Quanto à classificação dos contratos mistos: ENNECCERUS-LEHMANN, op. cit., pág. 396 e segs.; ESSER-SCHMIDT, *Schuldrecht*, tomo I, col. I — *Allgemeiner Teil*, 1975, pág. 121. Ambos consideram os contratos típicos que apresentam prestações anexas, como espécies de contratos mistos. MESSINEO (op. cit., pág. 686, nota 7, pág. 700): e LARENZ, op. cit., pág. 8) não os classificam assim.

(6) Veja-se, supra, n.º 20; nota 4.

(7) Divergem os autores se a aplicação das regras pertinentes aos contratos típicos dever-se-á fazer de modo direto ou por via de analogia. A primeira corrente filia-se ENNECCERUS-LEHMANN (op. e loc. cit.). A segunda, a maioria dos autores italianos (MESSINEO, op. cit., pág. 711 e segs.; GIUSEPPE OSTI, em "No vissimo Digesto Italiano", s.v. *Contrato*, vol. IV, pág. 500).

As peculiaridades do caso concreto é que levam o aplicador da norma a ponderar, topicamente, quais as regras dos contratos típicos que mais se adaptarão à especial estrutura do contrato misto.

Assim, observa LARENZ, referindo-se aos “contratos gêmeos” ou de “tipos combinados” que “não se irão aplicar nem os preceitos de um ou de outro tipo contratual, nem simplesmente todos os preceitos de ambos os tipos conjuntamente, mas, segundo as características da relação contratual, há de examinar-se que preceitos são aplicáveis **segundo sua natureza**. Para isso é de especial importância averiguar qual das classes de contratos que intervém determina, por sua intensidade, o caráter da totalidade do contrato em questão. No exemplo escolhido “(contrato de hospedagem)” é determinante a locação como relação duradoura” (op. cit., pág. 8).

24. Parece pacífico, portanto, que na reunião de acordos com as características de compra e venda e de comodato, insertos no núcleo do contrato de concessão mercantil, aqueles prevalecem sobre estes, de tal sorte que, extinta ou rescindida a compra e venda, extingue-se ou rescinde-se por igual o comodato, já que não há sequer a equivalência de prestações, como sucede nos “contratos gêmeos”, mas simples subordinação ou acessoriedade do comodato.

No plano lógico não se pode afirmar, de outra parte, que a extinção do comodato importará desde logo em extinção da concessão mercantil. É admissível, em princípio, que o concessionário, por exemplo, importe os equipamentos necessários, comprando-os diretamente do fabricante, continuando assim a revender os bens adquiridos do concedente, o que, por si só, bastaria para evidenciar — se dúvida ainda houvesse — a acessoriedade da cláusula de comodato.

25. Ao contrato misto de concessão mercantil vinculam-se ainda, em muitos casos, outros contratos, como os de financiamento ou de abertura de crédito, com o objetivo de tornar viável a construção e instalação dos postos de venda, ficando os créditos garantidos por hipoteca.

Esses contratos estão relacionados externamente ao de concessão mercantil, porquanto visam a idêntica finalidade econômica (a distribuição dos produtos do concedente), mas suas prestações são distintas e inconfundíveis, não caracterizando nenhuma das hipóteses identificadas pela doutrina como de contratos mistos. Não são, pois, contratos mistos, mas contratos coligados ou conexos (MESSINEO, op. cit., pág. 719 e segs., ESSER-SCHMIDT, op. cit., pág. 119).

Por certo, na relação existente entre os contratos de financiamento, de abertura de crédito e o de concessão mercantil, é inegável que aqueles existem em função deste. Dá-se financiamento ou abre-se crédito porque interessa assegurar os meios ao outro contratante para que exerça com eficiência a atividade de concessionário. É este o fim principal buscado pelas partes e o elemento decisivo para constituir a conexão entre os contratos.

V. CLÁUSULA PENAL

26. Os contratos de concessão mercantil que têm por objeto produtos derivados de petróleo possuem, ordinariamente, prazo longo de duração. Explica-se essa singularidade facilmente, já que, de regra, são vultosos os investimentos feitos pelo concedente, que quase sempre financia a construção e a instalação dos postos de revenda. Tais contratos de financiamento são de lenta e prolongada amortização, obviamente no intuito de favorecer o devedor.

Ora, seria absurdo que, construído e instalado o posto, tendo o concessionário gozado da ajuda e dos favores do concedente para esse fim, pudesse facilmente libertar-se de seus compromissos, tornando-se concessionário de outra empresa concorrente.

27. Ressalte-se que o concessionário tem também interesse, muitas vezes, que a concessão tenha prazo mais dilatado. Na concessão mercantil de revenda de veículos automotores, por exemplo, isso é mais evidente, pois o concessionário organiza todo um serviço de manutenção e conserto dos veículos, dispondo, ainda, de estoque de peças para reposição, o que só tem sentido quando lhe é assegurada a concessão por período de tempo mais amplo.

Ainda que na distribuição de gasolina e óleos o interesse do concessionário na fixação do prazo longo não seja tão intenso quanto o que se verifica na concessão mercantil de veículos automotores, nem por isso pode ele ser minimizado, de sorte a apressadamente concluir-se que, nessas hipóteses, o prazo só beneficia o concedente.

É inquestionável que ele dá segurança ao concessionário, o qual adquire a certeza de que, por longo tempo, agindo corretamente, nada lhe sucederá. Isso lhe confere tranquilidade para planejar e disciplinar seus negócios.

28. A ponderação desses dados pelas partes faz com que habitualmente consignem cláusula penal nos contratos de concessão mercantil.

No caso, foram até mesmo ajustadas duas cláusulas penais, uma relativa ao comodato de bombas e tanques e a outra referente ao fornecimento de combustíveis.

29. Cogitando-se, como se viu, de um contrato unitário, embora de natureza mista, cabe inicialmente perquirir a possibilidade de estipulação de duas cláusulas penais distintas, tanto mais que uma delas foi prevista para a hipótese de o concessionário restituir, antes do prazo previsto, os bens recebidos em comodato.

30. Começaremos por responder a esta pergunta: infringe o comodatário dever jurídico, restituindo o bem comodado, antes do prazo fixado em contrato ou em cláusula de comodato?

Se afirmativa a resposta, caberá, em princípio, a imposição da pena respectiva. Se negativa, não.

31. O prazo é simples limite ao direito do comodatário. Na vigência do prazo tem ele direito a usar a coisa, direito que cessará quando o prazo se extinguir. O dever de restituição da coisa não resulta, portanto, do comodato, nem a restituição é prestação do comodato (PONTES DE MIRANDA, *op. cit.*, vol. 46, pág. 118; CARRESI, "Novissimo Digesto Italiano", s.v. **Comodato**, vol. III, pág. 692) Extinto o comodato pelo transcurso do prazo, a pretensão à restituição surge para o

proprietário porque o possuidor ficou sem título para possuir. Direitos a pedir a restituição não nascem, por conseguinte, em razão do contrato de comodato, mas só se formam, nessas circunstâncias, com sua extinção.

32. De outra parte, classificando-se o comodato como contrato gratuito, as vantagens são constituídas em favor do comodatário. A fixação do prazo tem a função de estabelecer o limite do seu direito, mas não implica dever do comodatário de não restituir antes do término desse prazo. Não se pode exigir do comodatário que continue usando a coisa contra a sua vontade, pela razão fácil de que o uso do objeto não é dever, mas direito que lhe compete. Sendo direito, a qualquer momento, dentro do prazo que foi estabelecido para o comodato, poderá o comodatário renunciá-lo, restituindo o objeto ao proprietário (CARRESI, **Il Comodato, il Mutuo**, em VASSALI, **Tratatto di Diritto Civile**, 1954, pág. 74).

33. Estas considerações parecem suficientes para salientar que, não caracterizando a restituição do objeto, antes do término do prazo do comodato, qualquer infração a dever jurídico, não enseja aplicação de cláusula penal.

34. Não se altera a solução caso se considere como comodato modal o acordo pelo qual uma das partes se obriga a utilizar o reservatório de combustível, que recebeu de empréstimo da outra, exclusivamente para conter produtos fornecidos pelo comodante, como entendeu a Corte de Cassação Italiana (CARRESI, "Novissimo Digesto Italiano", III, pág. 693). Ainda que se julgasse admissível a aposição de encargo ao comodato, os ônus e deveres daí resultantes não poderiam ir ao ponto de eliminar ou restringir a possibilidade de renúncia do comodatário, a qualquer tempo, ao seu direito ao uso do objeto. A determinação de que os equipamentos dados em comodato deverão ser utilizados para certo fim não transforma o direito do comodatário ao uso da coisa em dever, mas simplesmente define que esse direito não é amplo e que deverá conter-se dentro de certos limites. Jamais, porém, poderá ter o significado de obstar a restituição da coisa antes do término do prazo que, igualmente, mensura o direito do comodatário.

35. É indúbio, assim, que a restituição pelo concessionário dos equipamentos que lhe foram emprestados, antes de expirar o prazo fixado para esse empréstimo e antes do término, também, do contrato de concessão mercantil, não possibilita que dele se exija a satisfação de cláusula penal.

36. Ocorre, todavia, que o concessionário não apenas restituiu os equipamentos comodados, como também infringiu o contrato de concessão mercantil, porquanto passou a revender produtos derivados de petróleo de outra empresa, que não a comodante.

37. Tendo assim procedido, é manifesto que incorreu na pena convencional no documento que as partes chamaram de "contrato relativo à venda e fornecimento de produtos".

38. Tal cláusula penal, de natureza compensatória, expressa-se em perfeita harmonia com os preceitos contidos no art. 920 do Código Civil, o qual ordena que "o valor da cominação imposta na cláusula penal não pode exceder o da obrigação principal".

39. O valor da obrigação principal no contrato de compra e venda há de ser igual ao do objeto que é vendido. Se A vende a B, por 200, a casa que vale 100, o valor do contrato é 200 e não a vantagem que A teve, ou que esperava ter, na realização desse negócio jurídico. Não cabe, por igual, nesse contexto, a indagação se o valor da cominação contida na cláusula penal seria superior ou inferior às perdas e danos sofridos pela parte. Não é esse o limite da cláusula penal, mas sim o próprio valor da obrigação principal. De resto, mesmo não tendo havido prejuízo, cabe a aplicação da cláusula penal, como resulta explicitamente do art. 927 do Código Civil: "Para exigir a pena convencional, não é necessário que o credor alegue prejuízo. O devedor não pode eximir-se de cumpri-la, a pretexto de ser excessiva" (PONTES DE MIRANDA, *op. cit.*, vol. 26, pág. 71).

40. Ao declararem os contratantes que a multa compensatória seria de valor igual ao resultante da "multiplicação da quantidade faltante de todos os produtos para completar o volume previsto para toda a vigência deste instrumento, pelo valor dos encargos de distribuição

constantes das estruturas de preços do Conselho Nacional de Petróleo e parte integrante do preço de venda da empresa distribuidora", não apenas fixaram o valor da cominação abaixo do teto previsto no art. 920 do Código Civil, como ainda desde logo estabeleceram a proporcionalidade que o juiz deverá observar, ao reduzir a pena estipulada, quando tiver havido cumprimento parcial da obrigação, ao mando do art. 924, também do Código Civil.

Sendo a cláusula estipulada em função das quantidades faltantes do produto, é intuitivo que ela será sempre rigorosamente proporcional à parte da obrigação que ficou inadimplida.

41. Parece quase desnecessário salientar, encerrando esta ordem de considerações, que às cláusulas penais insertas em contrato de concessão mercantil é inaplicável o art. 9.º do Decreto n.º 22.626 (Lei de usura), que se refere exclusivamente aos contratos de mútuo, conforme entendimento pacífico do Supremo Tribunal Federal (RTJ, 45/268, com referência a diversos outros acórdãos).

VI. A JURISPRUDÊNCIA BRASILEIRA

42. Alguns acórdãos têm particular importância na fixação, que vai sendo feita pela jurisprudência brasileira, da natureza, das características e de certas conseqüências jurídicas do contrato de concessão mercantil. Certos pontos parecem estar definitivamente estabelecidos; outros merecem ainda melhor exame.

a) O Tribunal de Justiça da Guanabara (RF, 244/155), desenvolvendo ponto de vista já sustentado em decisão anterior (RF 244/157), afirmou que "quando as prestações características dos contratos de comodato (de equipamentos e utensílios) e de compra e venda (de gasolina) se encontram em situação de recíproca "eordenação" temos um contrato misto, como o ajustado pelas partes, pois o que o configura é a coexistência de obrigações pertinentes a tipos diferentes de contratos, enlaçados pelo caráter unitário da operação econômica, cujo resultado elas asseguram. Nele, o grau de síntese alcançado torna inseparáveis as partes ou elementos do negócio". Com base nesse entendimento tirou o mesmo Tribunal a ilação de que "vencido um

dos contratos, o outro, com ele coordenado, perde o objeto, eis que a extinção de um importa o contágio de sua extinção ao outro, em virtude da natureza unitária do negócio ajustado, que é misto" (RF 244/157).

b) O Tribunal de Justiça de Minas Gerais, apreciando a Apelação Cível n.º 34.127, de Belo Horizonte, da qual foi relator o então Desembargador CUNHA PEIXOTO, decidiu que a restituição, pelo comodatário, do objeto do comodato, não constitui infração de dever jurídico, razão pela qual é inaplicável cláusula penal, nessas circunstâncias. "No comodato" lê-se no Acórdão — "sendo o objeto entregue em benefício do comodatário, este pode devolvê-lo no momento que bem entender, mesmo antes de findo o contrato. Não se pode obrigar ninguém a gozar de um benefício e muito menos se lhe pode cobrar multa, porque ele entendeu não lhe ser mais útil a coisa e, por isso, a devolveu".

c) O Supremo Tribunal Federal não conheceu os recursos extraordinários interpostos contra as decisões acima mencionadas, dos Tribunais da Guanabara e de Minas Gerais, quer porque entendesse que o valor da causa não dava ensejo ao recurso extraordinário (RF 249/157), quer porque considerasse que a matéria envolvia apenas questões de fato — exame de cláusulas contratuais — e, além disso, fora razoável a interpretação dada pelo Tribunal local às normas de lei federal (Súmulas 279, 454 e 400) (RF 249/164).

43. No primeiro desses acórdãos do Supremo Tribunal Federal, o Ministro BILAC PINTO, em longo voto, pela primeira vez em decisão proferida por Tribunal brasileiro, qualificou o contrato realizado pelas empresas distribuidoras de produtos derivados de petróleo como contrato de concessão, embora não o designasse como de concessão mercantil, mas sim, como o faz também RUBENS REQUIÃO, como "concessão de venda com exclusividade"

Nesse voto, citando RUBENS REQUIÃO, o Ministro BILAC PINTO sustenta que o contrato de concessão de venda com exclusividade é verdadeiramente um **contrato atípico misto**. Consta, no entanto, do trecho da obra de RUBENS REQUIÃO transcrito no voto, este período, da maior importância para a definição do tipo de contrato misto

que a concessão mercantil configura: "De todos esses aglomerados de prestações que se justapõem e se harmonizam e se completam no contrato de concessão, avulta, sem dúvida, e se sobressai o **contrato de compra e venda**". Logo adiante, não sem incorrer em certo vício lógico, reproduz o Ministro BILAC PINTO tópico do aresto do Tribunal de Justiça da Guanabara, já aqui referido, no qual se afirma que o contrato de comodato e o contrato de compra e venda, que se unem na concessão mercantil ou na concessão de venda com exclusividade, fundem-se de tal maneira, em simbiose tão perfeita, que a extinção de um desses contratos acarreta forçosamente a extinção do outro. Assim, de um lado assevera-se, no voto, que o contrato de compra e venda é o **dominante**, no contrato misto de concessão e por outro se declara que as duas prestações realizadas pelo concedente, — venda de produtos e outorga de uso de objetos em comodato — são **equivalentes**, de modo que a extinção de uma dessas relações implica fatalmente a do outro. No acórdão do Tribunal da Guanabara, a afirmativa de que as duas prestações, claramente desiguais, eram equivalentes não teve consequência prática porquanto alegava-se que, estando extinto o contrato de compra e venda, extinguiu-se também o contrato de comodato.

De maneira que, conquanto a fundamentação fosse, a meu juízo, criticável, a conclusão não o era, uma vez que, dominantes os elementos de compra e venda, a extinção destes significa a extinção dos que se relacionam com o comodato.

44. Convém, todavia, chamar a atenção para os equívocos a que poderia conduzir a conjugação da orientação firmada pelo Tribunal da Guanabara com a adotada pelo Tribunal de Minas Gerais. Se, na verdade, o contrato de concessão mercantil é um contrato misto, do tipo chamado de "contratos gêmeos", e se tanto os elementos do comodato como os da compra e venda, dele constantes, são equivalentes, uns não se sobrepondo aos outros, a extinção do comodato levaria necessariamente à extinção de todo o contrato.

Ora, o concessionário-comodatário, pela própria natureza do comodato, pode restituir a qualquer tempo, dentro do prazo que lhe foi fixado, o objeto que lhe foi entregue por empréstimo, extinguindo, por esse modo, o comodato.

Também o voto do Ministro BILAC PINTO expressa essa opinião, transcrevendo, aliás, textos de juristas brasileiros que a endossam.

Poder-se-ia chegar, por este caminho, a um resultado inteiramente inadmissível:

A restituição do objeto pelo comodatário causa a extinção do comodato e, se prevalecesse o entendimento sustentado pelo Tribunal da Guanabara, de todo o contrato misto de concessão mercantil ou de concessão de venda com exclusividade, sem que, de outra parte, o concessionário-comodatário tenha de pagar qualquer indenização ou sujeitar-se às conseqüências da aplicação de cláusula penal, como decidiu o Tribunal de Minas Gerais.

45. A aceitação dessas conseqüências importaria a morte do contrato de concessão mercantil em nosso meio, pelo menos no que diz respeito aos produtos derivados de petróleo, ou então, nesses contratos passariam as empresas fornecedoras do produto a exigir que os concessionários comprassem as bombas e tanques, para fugir, de qualquer modo, à convenção de comodato, a qual, pelo que se disse, enfraqueceria intoleravelmente a posição do concedente, ao mesmo tempo que fortaleceria em grau igualmente inaceitável a do concessionário, conferindo-lhe arbítrio para ajuizar da duração do contrato de concessão.

Bastaria que ele, sem mais cuidados, devolvesse os equipamentos entregues em comodato para que ficasse livre de qualquer compromisso com o concedente e isento, ainda, de qualquer multa ou dever de indenizar perdas e danos.

Desse modo, o comodato que fora imaginado como um instrumento para facilitar o concessionário na sua atividade de revenda, passaria a ser uma perigosíssima arma contra o concedente, que ficaria inteiramente à mercê do concessionário.

De outro lado, na competição entre as empresas fornecedoras de produtos derivados de petróleo, tal liberdade do concessionário frente ao concedente estimularia a utilização de meios desleais, no intento de captar o concessionário que se instalara com os recursos de empresas concorrentes.

46. Não se pode também esquecer que as empresas concedentes não exigem que as concessionárias recebam em comodato as bombas e tanques. Há casos em que o concessionário já tem o posto instalado e já é proprietário de tais equipamentos, de maneira que dos contratos com eles celebrados não consta a cláusula de comodato.

47. As graves distorções que nesse tema ocorrem derivam todas da premissa de que o contrato de concessão mercantil é um contrato misto do tipo dos chamados contratos combinados ou gêmeos, quando na verdade é ele um contrato misto, mas no qual um dos elementos integradores se apresenta com força e nitidez incomparavelmente maiores que as do outro, de maneira a poder-se dizer que os componentes tirados do contrato de compra e venda são os dominantes e que os recordados do contrato de comodato são meramente auxiliares, secundários, instrumentais ou acessórios.

48. Sendo assim, se o concessionário restitui ao concedente os bens por este dados em comodato, esse ato não importa necessariamente o término do contrato de concessão mercantil. Caso haja procedido dessa maneira, estando ainda vigente o contrato de concessão mercantil, a explicação que caberá é a de que alugou ou recebeu por empréstimo de terceiros os equipamentos idênticos ou semelhantes, ou os comprou, ou então terá flagrantemente violado o contrato de concessão, passando a revender produtos fornecidos por outra empresa, que não a concedente. Não há, aí, terceira hipótese.

A recíproca, contudo, não é verdadeira. Extinto o contrato de concessão mercantil, tornam-se logicamente insubsistentes os elementos de comodato que o integravam, tanto mais que o uso do objeto do comodato era restrito aos produtos fornecidos pelo concedente-comodatário. Se este não os fornece mais, como poderá o concessionário-comodatário usar os equipamentos na forma estabelecida no contrato? Não existirá qualquer possibilidade de fazê-lo.

49. Em decisões posteriores, a Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, sempre seguindo a orientação fixada pelo Ministro BILAC PINTO, manteve o entendimento de que tais contratos são mistos.

Nas mais recentes, contudo, em face de cõterem os contratos dupla cláusula penal — a ajustada na cláusula de comodato e a convencionalizada na compra e venda mercantil — a Primeira Turma considerou que, pelo descumprimento do contrato, que é misto e, pois, unitário, cabe apenas o pagamento de uma única multa, havendo o Tribunal optado pela aplicação da mais branda, que era, no caso julgado, a estabelecida na cláusula de comodato, já que outra seria demasiadamente onerosa (RE n.º 77481, SP — 21/5/76). Vencido ficou o Ministro CUNHA PEIXOTO, fiel à opinião sustentada quando Desembargador em Minas Gerais. Para ele o comodatário não infringe qualquer dever ao restituir o bem recebido. De outra parte, não se cogitaria, a rigor, de contratos mistos, mas de contratos coligados. Extinto o comodato, extingue-se também a compra e venda mercantil. E mesmo que misto fosse o contrato, não seria a aplicação de multa porquanto as partes não deram valor ao contrato. Do mesmo modo foi julgado o RE n.º 78162, PR (21/5/76).

50. A Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal tem entendimento diverso, quanto a alguns pontos, do acolhido pela Primeira Turma. Também vê no contrato de concessão de venda de petróleo e derivados um contrato misto. No RE n.º 84727, RJ (27/4/76), o Relator, Ministro CORDEIRO GUERRA, realçou todavia, que o comodato, “simples acessório do contrato principal de compra e venda de combustível, para o que foram cedidos os mecanismos e depósitos, não pode este contrato prevalecer sobre o principal às escâncaras descumprido pelos revendedores sem justa causa”. E logo adiante: “Os contratos, na realidade, são um único, como bem observou o douto CUNHA PEIXOTO, e a meu ver prevalece o primeiro, o de fornecimento de combustível, e por este a multa compensatória é devida.

Por último: “Misto o contrato, o fim deve prevalecer sobre o meio utilizado para alcançá-lo”. O Ministro MOREIRA ALVES concordou, nesse julgamento, com a conclusão do Ministro Relator, mas não com a fundamentação do voto, pois pensava que não se tratava de contratos mistos, porém de contratos coligados, sendo o de compra e venda principal e o de comodato acessório. “Ora, no caso presente” — ressaltou o Ministro MOREIRA ALVES — “é inequívoco que o inadim-

plemento diz respeito à finalidade econômica dessa coligação contratual, finalidade essa que se confunde com a do contrato principal, já que os equipamentos fornecidos servem somente como um dos meios utilizados para a consecução daquele fim. Descumprida tal finalidade, impõe-se a aplicação da cláusula penal que a ela diz respeito, e que é a do contrato de promessa de compra e venda mercantil”. No mesmo sentido o acórdão proferido no RE 81298. SP (8/6/76).

51. Sintetizando: o Supremo Tribunal Federal inclina-se para admitir que o contrato de concessão mercantil é um contrato misto (divergem dessa opinião os Ministros CUNHA PEIXOTO e MOREIRA ALVES), sendo aplicável uma única cláusula penal à parte que o infringe.

Neste ponto não há uniformidade de pensamento entre a Primeira Turma e a Segunda. Aquela considerou, atentando para as peculiaridades do caso concreto, que seria de aplicar-se a cominação mais branda, que era a prevista no ajuste de comodato; esta, a meu ver mais acertadamente, orientou-se no sentido de que os elementos da compra e venda são os dominantes no contrato, devendo, portanto, ser imposta a penalidade convencionalizada na compra e venda e não no comodato, uma vez que a compra e venda é o fim e o comodato o meio.

VII. CONCLUSÃO

52. A aplicação dos princípios aqui expostos ao caso concreto determina estas conclusões:

a) Os acordos de vontade, consignados em documentos separados e de diversas datas, referentes, respectivamente, ao comodato de equipamentos e ao fornecimento de produtos derivados de petróleo, caracterizam contrato que a doutrina moderna qualifica como sendo de concessão mercantil e que alguns autores preferem denominar de concessão de venda com exclusividade.

b) O contrato de concessão mercantil é um contrato atípico misto, da classe em que os elementos de uma categoria contratual (compra e venda) se sobrepõem nitidamente ao da outra (comodato).

c) O fato de a concessionária haver restituído os equipamentos recebidos em comodato não legitima a aplicação de cláusula penal.

d) O fato de a concessionária ter passado a revender produtos fornecidos por outra empresa tipifica violação do contrato de concessão mercantil, dando ensejo a que a ela se imponha a cominação fixada na cláusula penal inserta no instrumento pelas partes chamado de "contrato relativo à venda e fornecimento de produto". Essa cláusula penal se ajusta perfeitamente ao disposto no art. 920 do Código Civil, estabelecendo, ainda, a proporcionalidade que se terá de observar, na hipótese de incidência do art. 924, daquele mesmo diploma.

e) Tem, por conseguinte, a empresa distribuidora ação contra "AB & Cia. Ltda. para cobrar o valor da cominação imposta na cláusula penal convencionada no contrato de concessão mercantil entre elas celebrado, ou para pedir ressarcimento pelas perdas e danos (CC., art. 918).

PORTO ALEGRE, 12 de outubro de 1976.

REVISÃO DE PROVENTOS

VALDACYR S. SCOMAZZON
Consultor-Geral Adjunto

PARECER CGE N.º 3338

Interpretação do art. 102 da Constituição Federal.

Constitucionalidade da Lei n.º 3.096/56.

Não-aplicabilidade da Súmula n.º 38 do Supremo Tribunal Federal nos casos de simples alteração da denominação de cargo ou mudança de padrão.

Aplicação da Lei n.º 6.821/74 aos inativos.

Agrimensores inativados da Secretaria da Agricultura requerem, ao titular da Pasta da Administração, "Revisão de seus proventos; com base no padrão 15 e demais vantagens já asseguradas".

Fundamentam o pedido na denominada "Lei Peracchi" e no fato de detentores do mesmo cargo, em atividade, terem "obtido o re-enquadramento no padrão 15, a partir de 16 de dezembro de 1974, por força das disposições da Lei n.º 6.821, de 16 de dezembro de 1974".

Na Diretoria da Despesa do Tesouro do Estado entendeu-se que os suplicantes, inativados antes da edição da Lei n.º 6.821/74, não são destinatários da mesma, por haverem deixado o serviço ativo quando ainda inexistente o referido diploma legal, mesmo porque, pela Instrução n.º 1, de 22 de janeiro de 1975, do Diretor Geral do Tesouro (doc. de fl. 6-CGE), foi ordenado o pagamento aos funcionários clas-

sificados no padrão 15, a teor do que prescreve o art. 4.º da pré-falada lei, somente “aos servidores ativos”.

Tendo em conta sugestão feita pela Assessoria da Direção Geral do Tesouro (fls. 7 e 8-CGE), o processo, por determinação do Senhor Secretário da Fazenda, veio ter a esta Consultoria-Geral.

É o relatório.

A Lei n.º 6.821/74, em seu art. 4.º, classificou no padrão 15 todos os cargos de nível superior do Quadro Geral dos Funcionários Públicos do Estado, instituído pela Lei n.º 4.914, de 31 de dezembro de 1964.

Nesse diploma, o cargo de Agrimensor (constante do Serviço de Obras Públicas do citado Quadro) se classificava no padrão 13, situação em que diversos de seus titulares se aposentaram, como ocorreu com os petionários.

Postulam eles, agora, uma **revisão de proventos**, como medida capaz de resultar na almejada reclassificação, embora queiram, na verdade, galgar o padrão 15, direito que estaria assegurado, pela Lei n.º 6.821/74, **apenas** aos servidores em atividade, a contar de 16 de dezembro de 1974.

Realmente, nessa lei não há prescrição que, de forma explícita, contemple os Agrimensores e os demais funcionários de nível superior que se tenham inativado antes de sua vigência. Inexistindo essa disposição expressa, descaberia estender a alteração de padrão da categoria aos aposentados antes da lei que a autoriza? Nisto, precisamente, situa-se o fulcro da questão.

A vigente Constituição Federal, em seu art. 102, § 1.º, prescreve:

“Os proventos da inatividade serão revistos **sempre que**, por motivo de alteração do poder aquisitivo da moeda, se modificarem os vencimentos dos funcionários em atividade”.

E completa o § 2.º:

“Ressalvado o disposto no parágrafo anterior, em caso nenhum os proventos da inatividade poderão exceder a remuneração percebida na atividade”.

De imediato, uma indagação se impõe: será a alteração do poder aquisitivo da moeda a única hipótese constitucional de revisão dos proventos dos inativos, simultaneamente à modificação dos vencimentos dos funcionários em atividade?

Inobstante respeitáveis manifestações nesse sentido, não me parece, “data venia”, correta semelhante ilação. A Carta Magna não assegura aos inativos a revisão de seus proventos **apenas** quando os vencimentos dos servidores ativos forem alterados por motivo de modificação do valor aquisitivo da moeda; garante, isso sim, que, **pelos menos**, em tal circunstância isso deverá ocorrer. Atribuir à locução “sempre que” o significado de “somente quando” afigura-se-me equivocada interpretação restritiva do texto constitucional, pois o que dele deflui, a meu ver cristalinamente, é a garantia nele insculpida de um mínimo imperativo para a manutenção do “status” usufruído pelo funcionário no momento de sua jubilação.

Tecendo comentários ao art. 193 da Constituição Federal de 1946, reproduzido depois “ipsis litteris” pela de 1967 (art. 101, § 2.º) e pela Emenda n.º 1, de 1969 (art. 102, § 1.º), declarava, em seu Parecer, por ocasião de julgamento, em 2 de março de 1948, do Tribunal de Contas da União, o Procurador LEOPOLDO CUNHA NETO:

“Têm, atualmente, os inativos direito a essa melhoria de seus proventos, como **garantia constitucional**, cujo cumprimento pode ser reclamado pelos meios legais.

.....

A expressão do legislador constituinte não podia ser mais incisiva e categórica. Não podia dar-se-lhe maior autoridade na forma e no sentido”. (RDA, 14-371 — sublinhei).

Não se trata, por conseguinte, de mero direito, mas de verdadeira "garantia constitucional", visando à sobrevivência do inativo, que, não fora assim, com o progressivo aviltamento da moeda, face ao surto inflacionário, poderia, sem essa segurança, beirar, quem sabe, as raias da própria miséria.

MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO, em seus "Comentários à Constituição Brasileira" (S. Paulo, Saraiva, 1974, v. 2, págs. 209-210) numa visão perfeita e realista da regra constitucional, vai além, asseverando, com extrema propriedade:

"A Constituição impõe, expressamente, que toda vez que se modificarem os vencimentos dos servidores, em atividade, se reajstem os proventos dos inativos, caso essa revisão decorrer de alteração do poder aquisitivo da moeda. Nesta hipótese a revisão é obrigatória e logicamente deverá ser igual para inativos e para os servidores em atividade, já que todos sofrem igualmente a depreciação monetária. O reajuste devido a outras razões pode ser estendido aos inativos mas, constitucionalmente, não há obrigatoriedade de que tal se de". (sublinhei)

Dessa oportuníssima e feliz interpretação do ilustre jurista infere-se, sem qualquer sombra de dúvida, o perfeito e exato significado da norma constitucional, que deixa transparecer, claramente, a dupla possibilidade de modificação dos proventos dos inativos: uma, obrigatória, imposta pela Constituição, e outra, facultativa, de opcional extensão aos aposentados, através de comando legal ordinário.

Se é verdade, portanto, como doutrina o insigne Mestre PONTES DE MIRANDA ("Comentários à Constituição de 1967, com a Emenda n.º 1, de 1969", 2a. ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 1970, t. 3, págs. 523-524), que "a Constituição de 1967, art. 102, § 1.º, impôs à legislatura ordinária a revisão majorante dos proventos do funcionário público aposentado sempre que se majorem os vencimentos dos funcionários públicos em atividade", não é menos verdade, igualmente,

que não proibiu outro tipo de reajuste, fundado em outras causas, cuja extensão aos inativos ficará ao libito do Poder Público, através do adequado procedimento legislativo.

Objeta-se, entretanto, que militaria contra tal entendimento o disposto no § 2.º do comentado art. 102 da Carta Magna, o qual, ressaltando a hipótese de revisão do § 1.º (alteração do poder aquisitivo da moeda), estabelece que "em caso nenhum os proventos da inatividade poderão exceder a remuneração percebida na atividade"

A propósito dessa matéria, a Consultoria-Geral do Estado, através do Parecer n.º 2948, manifestou-se nos seguintes termos:

"A ressalva posta no início dessa prescrição faz ver que o limite que, nesse parágrafo 2.º, se estabelece é a própria remuneração percebida pelo inativo na atividade, não a remuneração de outros funcionários da mesma categoria funcional que se encontrem em atividade. Remuneração é expressão genérica que compreende todas as parcelas estipendiárias do servidor, de modo que, se o limite aí consagrado para o provento do inativo fosse a soma dos estipêndios auferidos por outros servidores em atividade de igual categoria, possibilidade não haveria de atender-se às situações pessoais aludidas no pronunciamento da Assessoria Jurídica da Secretaria da Administração, que, por lei, são capazes de influir no valor do provento da inatividade. E, de outra parte, desnecessária seria a ressalva constante do § 2.º do art. 102. Sua presença no parágrafo só se justifica se a expressão "remuneração percebida na atividade" tem o significado de que se trata da própria remuneração do que se aposenta, pois a revisão autorizada no parágrafo anterior faz com que esse limite seja ultrapassado. Assim, a ressalva concilia a regra de um parágrafo com a do outro"

"Data venia" do ilustrado autor do Parecer em tela, não me parecem procedentes as assertivas focalizadas. Como ensina o já antes referido e consagrado Mestre PONTES DE MIRANDA, na citada obra, "a regra jurídica do art. 102, § 2.º, da Constituição de 1967, fruto de

experiência, é acertada. Casos surgiram de proventos que recebiam os inativos acima daqueles que percebiam os funcionários públicos **em atividade**: havia vantagem em aposentar-se: (...) A revisão, por motivo de alteração do valor da moeda, **equipara**, ou atende à mudança razoavelmente; **não pode, portanto, exceder**. Daí ser **supérfluo e errôneo** o "ressalvado o disposto no parágrafo anterior", que aparece no art. 102, § 2.º. (sublinhei).

Outro não é o pensamento do também já citado e não menos ilustre jurista MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO, na obra já referida, quando, com extrema clareza e objetividade à fl. 210, doutrina:

"A regra constitucional é que o inativo não pode perceber **mais do que o servidor em atividade**, no cargo ou função que era ocupada pelo aposentado quando deixou o serviço ativo". (sublinhei).

Nesse sentido, igualmente, não se me afigura demasia reproduzir, em reforço de tal exegese, tópico de voto proferido em decisão do Tribunal de Justiça de São Paulo:

"Para que o aposentado não sofra o desgaste enorme do valor monetário, os seus proventos seguem a flutuação dos vencimentos do **funcionário em atividade**, adotado como **medida de valor**. Eis por que, visto o assunto, sob tal prisma, o texto da carta política local se identifica materialmente com o princípio erigido pela Carta Magna Federal" (RT 454, agosto 73, pág. 73 — sublinhei).

HELY LOPES MEIRELLES, em seu "Direito Administrativo Brasileiro", 4a. ed., 1976, à pág. 414, afirma, a propósito:

"Em edições anteriores, consignamos que o **quantum** desse reajustamento ficaria a critério da Administração, não devendo acompanhar necessariamente o percentual atribuído ao funcionalismo ativo. **Atualmente, evoluímos** no sentido de que a intenção do texto constitucional é evitar que o aposentado

sofra as conseqüências da desvalorização da moeda. Ora, essa desvalorização é um fato que atinge a ambos, ativo e inativo, **na mesma proporção**, de modo que **não se atenderia ao mandamento constitucional** através de uma revisão em bases inferiores às adotadas para o reajustamento da remuneração do pessoal da ativa, como, aliás, já reconheceu o Tribunal de Justiça de São Paulo..." (sublinhei).

Não parece, portanto, nem justo, nem lógico, mas até absurdo, pretender-se como medida de valor a **própria** remuneração do aposentado, quando de sua inativação, sob pena de completa frustração da garantia constitucional, que é, como ficou demonstrado, insofismável. Se o aumento para os servidores decorre da depreciação monetária, o aviltamento do meio circulante é sentido na mesma proporção pelo funcionário em atividade e pelo aposentado. Se o propósito constituinte foi evitar que os proventos se inutilizem pelo desgaste monetário, esse propósito só se obterá conferindo ao inativo a mesma soma outorgada ao funcionário, em atividade, de **igual categoria**. Ilógica e iníqua seria outra conclusão. O conjunto de preceitos reunidos na Emenda n.º 1, relativos à aposentadoria, erigiu como medida de valor dos proventos, **não uma cifra**, traduzida em cruzeiros, mas outra, mais consentânea com a realidade, que consiste nos **vencimentos do cargo**.

Admitida, pois, constitucionalmente, a possibilidade de revisão dos proventos dos inativos por outro motivo, que não a alteração do poder aquisitivo da moeda, e nas condições acima enfocadas, isto é, tendo como medida de valor o vencimento do funcionário em atividade, de igual categoria, cumpre perquirir, no caso dos autos, se a pretendida "revisão" não exorbita do permissivo constitucional, já que não corporificaria revisão obrigatória, imposta pela Carta Magna, nos termos do § 1.º do art. 102, mas, sim, presumida reclassificação, sem comando legal expresso impositivo da extensão de suas determinações aos já inativados, contrariando, ainda, possivelmente, a Súmula 38, do Supremo Tribunal Federal, segundo a qual "reclassificação posterior à aposentadoria não aproveita ao servidor aposentado"

Evidentemente, o caso dos postulantes não configura hipótese de revisão compulsória determinada pela Constituição Federal, mas

de facultativa, já que não corresponde a alteração do poder aquisitivo da moeda, mas a mudança de padrão de cargo. Por outro lado, inobstante inexistia na Lei n.º 6.821/74 dispositivo estendendo os aposentados a modificação que introduz em relação aos servidores em atividade, essa lacuna estaria suprida pelo art. 1.º da Lei n.º 3.096/56, de 31 de dezembro de 1956, a denominada "Lei Peracchi", que prescreve:

"Os servidores civis e militares do Estado, quando em inatividade por aposentadoria, reserva ou reforma, perceberão, sempre, proventos iguais aos vencimentos que, em qualquer época, venham a perceber os servidores em atividade, da mesma categoria, padrão, posto ou graduação, respeitada a proporcionalidade do tempo de serviço".

A propósito dessa lei, entretanto, a Consultoria-Geral do Estado, através do Parecer n.º 2101, manifestou-se nestes termos:

"A inteira aplicação do art. 1.º, da Lei n.º 3.096/56, pelo enunciado que contém, encontra óbice, atualmente, nas disposições constitucionais que limitam a revisão de proventos dos inativos, apenas às situações previstas no art. 101, II, §§ 2.º e 3.º da Constituição de 1967, mantido no art. 102, §§ 1.º e 2.º da Emenda Constitucional n.º 1. Não cabe, pois, a partir da Constituição de 1967, revisão indiscriminada como quis o legislador de 56, quando estabeleceu: **"perceberão, sempre, proventos iguais aos vencimentos que, em qualquer época, venham a perceber os servidores em atividade"**. Do exposto, verifica-se que as disposições da Lei n.º 3.096/56, naquilo que conflitam com o mandamento constitucional, devem ser consideradas revogadas".

"Data venia" da ilustrada autora do Parecer em foco, não se me afigura tal conclusão consentânea com a realidade constitucional já sobejamente enfocada. Nos termos das ponderações expendidas anteriormente, a Carta Magna, ao instituir, imperativamente, uma garantia mínima de revisão de proventos, não vetou, absolutamente, outras hipóteses de modificação. Obviamente, ao garantir uma revisão mínima, não impôs uma equiparação entre ativos e inativos. Nada obsta, en-

tretanto, como se viu, que se outorgue tal equiparação, pela via ordinária, sem ferir a Lei Maior, como ocorreu, aliás, na hipótese da Lei n.º 3.096/56.

Cabe, mais uma vez, neste passo, trazer à colação a palavra do insigne jurista PONTES DE MIRANDA. Ao comentar o art. 193 da Constituição de 1946 (reproduzido, como se disse, na de 1967 e na Emenda n.º 1, de 1969), preleciona, com sua habitual clarividência:

"A regra dirige-se aos legisladores ordinários; e pode a Justiça, ao ter em mãos lei que aumente vencimentos, sem o reajustamento que o art. 193 impõe, reputá-la inconstitucional. A aplicação aos funcionários públicos em atividade será acompanhada, sempre, da aplicação aos inativos, sobre a mesma base, **se outro critério não se tomou**". ("Comentários", v. VI, pág. 363, 3a. ed. — sublinhei).

Por conseguinte, a lei estadual em tela, ao estabelecer que os servidores civis e militares do Estado, quando inativados, perceberiam sempre proventos iguais aos vencimentos que viessem a perceber, em qualquer época, os servidores em atividade, não exorbitou, nem mesmo afrontou a Constituição Federal, que apenas se limitou a garantir, como reiteradamente foi dito, um mínimo.

A propósito, vale referir, por extremamente oportunas, as palavras do Juiz CLÓVIS RODRIGUES, da 3a. Vara da Fazenda Pública do antigo Distrito Federal, quando, denegando Mandado de Segurança (Proc. T.C. n.º 43.848/62), assim sentenciou:

"Os proventos da aposentadoria devem ser revistos na hipótese do art. 193 da Constituição Federal, mas essa revisão **subordina-se a critério político dos Poderes competentes**. Integrando-se nesse critério, a proporcionalidade do aumento pode variar de índice, e nessa variação, conseqüentemente, pode haver **injustiça, mas não inconstitucionalidade**". ("Aposentadoria no Serviço Público", Abreu de Oliveira, pág. 261 — sublinhei).

Inteira razão, sem dúvida, assistia ao magistrado ao proferir tal assertiva, pois a Constituição Federal, repita-se, mais uma vez, é cogente em relação à obrigatoriedade da revisão, não determinando, entretanto, o seu **quantum** nem o critério a adotar, se a proporção ou a equiparação, apenas vedando o excesso, a demasia, isto é, que o inativo venha a perceber mais que o ativo.

HELY LOPES MEIRELLES foi bem claro, quando asseverou:

“A revisão dos proventos da aposentadoria é princípio constitucional de obrigatória observância por todas as entidades estatais. Assim sendo, toda vez que, por motivo de alteração do poder aquisitivo da moeda, se modificarem os vencimentos dos funcionários em atividade, terão que ser reajustados os proventos dos inativos, embora possam sê-lo em proporção diversa. A Constituição não impõe equiparação entre vencimentos e proventos, mas obriga que estes sejam revistos sempre que aqueles forem majorados. O “quantum” da revisão fica a critério da Administração, salvo se a lei estabelecer expressamente que os proventos devam acompanhar os vencimentos.

.....

Outra observação que se impõe é a de que a lei ordinária poderá conceder maiores prerrogativas aos inativos, do que as previstas, como mínimas, na Constituição Federal”. (“Direito Administrativo Brasileiro”, 2a. ed., págs. 386-387 — sublinhei).

Cabe, aqui, referir, para propiciar se trace um paralelo, que, na esfera federal, à semelhança da “Lei Peracchi” (Lei n.º 3.096/56), a Lei n.º 2.622, de 18 de outubro de 1955, estabeleceu, em seu art. 1.º:

“O cálculo dos proventos dos servidores que se encontram na inatividade e dos que para ela foram transferidos será feito

à base do que perceberem os servidores em atividade, a fim de que seus proventos sejam sempre atualizados”. (sublinhei)

A propósito dessa lei, escreve ABREU DE OLIVEIRA, em sua obra “Aposentadoria no Serviço Público”, à pág. 263:

“O mandamento constitucional de simples “revisão” transfigurou-se em comando legal de “equiparação”.

Pôde a legislação ordinária fixar tal critério, desde que a **revisão** não estava limitada. Não se estabelecera um **índice** para a correção dos proventos de inatividade. Preferiu o Congresso Nacional fixá-lo na percentagem máxima, sem afronta ao teto constitucional. Sem vulnerar o art. 101, § 2.º, da Constituição de 67, poderá igualmente o legislador atribuir ao aposentado um percentual de aumento menor que o deferido ao servidor em atividade”

E comentando os reajustes decorrentes da Lei n.º 4.863/65 e do Decreto-Lei n.º 81/66, completa:

“Ambos os dispositivos indicados reportam-se à Lei n.º n.º 2.622, de 1955, deixando patenteado, por essa forma, que eles não são com ela **incompatíveis** (Lei de Introdução, art. 2.º, § 1.º), do que resulta deverem os percentuais de **reajuste** ser calculados sobre o valor do nível ou símbolo do vencimento e não sobre o **quantum** que o inativo vinha percebendo”.

Arremata, por fim, com estas palavras:

“A inovação da Lei n.º 2.622 importa, pois, em se calcular o reajuste (também dos inativos) na **base do vencimento da atividade**, como ficou esclarecido na **exposição** — processo SA 859/67, da Secretaria do Supremo Tribunal Federal, acolhida pelo Presidente LUIZ GALLOTTI, em despacho de 13-12-67 (cf. D.J. de 15-12-67, pág. 4.305)” (sublinhei)

Os petionários, no caso em exame, reivindicam, como inativos, igualdade com os ativos de sua categoria. Agrimensores aposentados que são, querem equiparação (no padrão 15) aos agrimensores em atividade, já que, contribuindo nos termos da chamada "Lei Peracchi", já mencionada, tal direito lhes estaria por ela garantido.

Admitidas as ponderações até aqui formuladas, parece assistir razão aos postulantes. A Lei Maior, assegurando uma revisão mínima obrigatória, não impede que mais se dê. E a Lei n.º 3.096/56 se limitou a equiparar inativo a ativo, de igual categoria, sem afrontar a regra constitucional, pois excesso não houve, apenas igualdade.

Mesmo assim, implicaria tal outorga em reclassificação conflitante com os dizeres da Súmula 38 do Supremo Tribunal Federal?

Com a devida vênia de diferente entendimento permito-me discordar. A simples alteração na nomenclatura de cargo público ou mudança de padrão remuneratório não pode, absolutamente, significar verdadeira reclassificação. No Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, por exemplo, a 3a. Câmara Cível, julgando a Apelação n.º 25.039, deixou expressa, em acórdão de extraordinária objetividade e precisão de conceitos, a exata abrangência do étimo reclassificação, assim configurada na palavra de seu Relator:

"O ponto capital invocado pelo Estado, que chama em seu prol a Súmula n.º 38, do Pretório Excelso, não encontra a menor ressonância na hipótese vertente. Diz a jurisprudência compendiada que "reclassificação posterior à aposentadoria não aproveita ao servidor aposentado". Inteiramente de acordo, Sr. Presidente, sendo, entretanto, como já ressaltai, que o Decreto n.º 21.119, de 1971, não teve conteúdo reclassificatório, mas, apenas é tão-somente, limitou-se a alterar a denominação de cargos, elevando os padrões de vencimentos, constituindo-se, na realidade, em verdadeiro aumento de estipêndios. Não houve, dentro da sistemática do Direito Administrativo Brasileiro, reclassificação de cargos, pois tal importa, necessariamente, em **modificação da atividade funcional**. Se esta permanecer a mesma, ocorrendo apenas variabilidade de no-

menclatura, não há falar em reclassificação, que pressupõe sempre — não será demais repetir — **novo enfoque dos deveres e responsabilidades dos servidores por ela abrangidos**" (sublinhei)

Inobstante se refira a cargos em comissão, não se me afigura descabido, mas oportuno e adequado, para caracterizar o que seja reclassificação, mencionar o Ato Institucional n.º 8, de 2 de abril de 1969, que, no seu art. 2.º, estabelece:

"Para possibilitar a realização da reforma administrativa, poderá o Poder Executivo, inclusive o da União, através de decreto: I — alterar a **denominação** de cargos em comissão; II — **reclassificar** cargos em comissão, respeitada a tabela de símbolos em vigor"; (sublinhei)

Parece óbvia, no caso, uma inevitável conclusão: alterar denominação e reclassificar cargos, referidos em itens diversos, foram-no com propósito deliberado e com semântica diversa bem caracterizada: um não engloba o outro. Reclassificar é uma hipótese e alterar denominação é outra. Portanto, a segunda (alteração de nome) não implica, necessariamente, na primeira (reclassificação), o mesmo inferindo-se em relação à alteração de padrão. A reclassificação, portanto, importa, inevitavelmente, em modificação da atividade funcional. Se esta permanece a mesma, ocorrendo apenas variabilidade de nomenclatura, não há como falar em reclassificação, que pressupõe sempre, não é demais repetir, novo enfoque dos deveres e responsabilidades dos servidores por ela abrangidos.

O próprio Supremo Tribunal Federal, reiteradamente, reconheceu, sem prejuízo da Súmula 38, esse entendimento. Basta que, entre tantos outros, se atente para os seguintes julgados:

a) Recurso de Mandado de Segurança n.º 16.974-GB.

Primeira Turma — 15-5-67

Relator: Ministro VICTOR NUNES LEAL.

Ementa: "Alfândega. Simples mudança de denominação de carreira, envolvendo aumento de vencimentos. Caso peculiar. Aplicação do benefício aos inativos. Precedente: RMS 15.800 (1966)."

Excerto do voto do Ministro Relator:

"A meu ver, não se aplica ao caso a Súmula 38. Não houve, no caso específico do recorrente, reclassificação ou reestruturação da carreira.

O antigo conferente da Alfândega, que o recorrente já era em 1929, passou a ter a designação de 'oficial administrativo, e, posteriormente, a de agente fiscal do Imposto Aduaneiro". (RTJ-42, págs. 115-116)

b) Recurso de Mandado de Segurança n.º 18.061-GB.

Terceira Turma — 20-9-68

Relator: Ministro GONÇALVES DE OLIVEIRA.

Ementa: "....."

3) O servidor aposentado não tem direito a benefícios resultantes de reestruturação de sua classe, tendo em vista o serviço ativo, **salvo lei expressa em contrário**". (sublinhei)

Excerto do voto do Ministro AMARAL SANTOS:

"3. Os recorrentes não pleiteiam, propriamente, reclassificação, mas sim as vantagens financeiras que a Lei n.º 3.790, de 1960, art. 83, assegura ao seu cargo, ao qual dita lei **apenas deu nova denominação**. Assim, a meu ver, o seu caso não incide na Súmula 38". (RTJ 47, págs. 402 a 406 — (sublinhei)

c) Mandado de Segurança n.º 17.285-GB.

Tribunal Pleno: 3-9-1969

Relator: Ministro LUIZ GALLOTTI.

Excerto do Voto-Desempate do Ministro OSWALDO TRIGUEIRO (Presidente): ".....
"Data venia", penso que os votos dos Srs. Ministros Hermes Lima e Luiz Gallotti demonstraram plenamente que a hipótese da reclassificação não está configurada, o que afasta a aplicação da Súmula.

O impetrante aposentou-se no último posto da carreira, quando esta era escalonada, alfabeticamente, de A a O. Lei posterior estabeleceu a designação numeral, de 1 a 18. Mas **isso não alterou a carreira nem a situação do impetrante, que permanece como inativo no escalão final**". (RTJ 52, págs. 73 e 80 — sublinhei)

d) Recurso Extraordinário n.º 75.013-GB.

Segunda Turma: 4-6-73 — Recorrente: União Federal.
Ementa: "Funcionário do Ministério da Fazenda.

1) Aposentadoria antes da reestruturação da carreira de Agente Fiscal do Imposto Aduaneiro.

2) Igualação dos proventos à remuneração dos ativos.

3) Direito reconhecido por Lei ulterior. Não aplicação, no caso, da Súmula 38, dada a peculiaridade deste".

Voto do Ministro XAVIER DE ALBUQUERQUE:

"Peço licença para observar que a **decisão recorrida afina com abundante jurisprudência do Supremo Tribunal a propósito da igualação, à remuneração dos ativos, dos proventos de funcionários do Ministério da Fazenda, aposentados antes da reestruturação da carreira de Agente Fiscal do Imposto Aduaneiro. Essa jurisprudência sempre afastou, em casos idênticos, a regra da Súmula 38, por entender que não houve, ao propósito, mera reclassificação de cargos.**

"Demonstra-o cabalmente o recorrido, neste trecho das suas contra-razões (fls. 116-8):

Realmente, o pensamento desse eg. Tribunal, a respeito da "quaestio juris", diverge de todo em todo do que sustenta a Recorrente, consoante se observa dos votos exarados em diversos arestos desse Excelso Pretório, como, por exemplo, o proferido pelo eminente Ministro Evandro Lins, ao apreciar o RMS 15.800, "verbis": "Não ficou à Administração a faculdade de mudar a denominação apenas de funções e, depois, alegar que houve reestruturação ou reclassificação, porque, dessa maneira, se permitiria que a Administração, em caso de funções idênticas, pudesse dar outra denominação para prejudicar os funcionários em atividade".

E, adiante, reconhecendo não se tratar, ali, da hipótese prevista na Súmula 38, assera o preclaro magistrado:

"Não se trata, portanto, de reestruturação ou de reclassificação, a impedir o benefício pleiteado pelo recorrente, tal como consta do enunciado da Súmula 38, invocada pelo eminente Dr. Procurador Geral".

"Pelo mesmo diapasão se afinaram outros expressivos acórdãos. Assim ocorreu no RMS 16.974, do qual foi relator o eminente Ministro Victor Nunes, e cuja ementa teve o seguinte teor:

"Alfândega. Simples mudança de denominação de carreira, envolvendo aumento de vencimentos. Caso peculiar. Aplicação do benefício aos inativos. Precedente: RMS 15.800 (1966)." (D.J. de 27-6-67, pág. 2.023).

"Aos mencionados decisórios seguiram-se os prolatados no RMS 17.105, no RMS 17.408, nos ERMS 17.285 e nos ERE 71.754, todos no sentido da tese vitoriosa nessa Colenda Corte. No RMS 17.105, relatado pelo eminente Ministro Aducto Cardoso, e que foi subscrito também pelos eminentes Ministros Adalício Nogueira, Themistocles Cavalcanti e Evandro Lins, esclareceu o douto Ministro-Relator que o Pretório Máximo já deixara estreme de dúvida não haver ocorrido, na espécie, re-

estruturação ou reclassificação, "... **mas apenas denominação diferente de cargo igual, com as mesmas funções**", razão por que "... a lei nova aproveita ao aposentado".

Ao apreciar o RMS 17.408, a ilustrada Segunda Turma, pelos votos dos eminentes Ministros Evandro Lins (relator), Aducto Cardoso, Aliomar Baleeiro e Adalício Nogueira, reiterou a tese acolhida no RMS 17.105:

"Funcionário público. Proventos da inatividade. Não tendo havido reestruturação ou reclassificação, **mas apenas denominação diferente de cargo igual com as mesmas funções, a lei nova aproveita ao aposentado.** Recurso de mandado de segurança provido".

"Na assentada de 3-9-69, consolidou-se a jurisprudência acerca da matéria, examinada e debatida, em todos os seus aspectos, pelo culto plenário desse eg. Tribunal. O voto do eminente Ministro Luiz Gallotti enfocou um ângulo da questão que a Recorrente nem ao de leve analisa, precisamente por constituir o principal fundamento da pretensão do Recorrido, isto é, o que concerne à incidência do art. 63 da L. 3.780. Eis o trecho do douto voto, onde se ressalta a total procedência da postulação então acolhida:

"O direito do recorrente não proveio da classificação funcional outorgada pela L. 3.780, mas do art. 63 desta mesma L. 3.780, de 12-7-60, em que se declara que "as vantagens financeiras constantes desta lei são extensivas aos servidores inativos, de acordo com a L. 2.622, de 19-10-55" (ERMS 17.285-GB, RTJ 52/23)".

"Fixando definitivamente a orientação do Plenário, no particular, não conheceu esse Excelso Pretório dos Embargos no RE 71.754, na assentada de 18 de maio do corrente ano, sendo relator o eminente Ministro Xavier de Albuquerque. A ementa do respectivo acórdão ficou assim redigida:

“Funcionários do Ministério da Fazenda, aposentados antes da reestruturação da carreira de Agente Fiscal do Imposto Aduaneiro. Igualação dos proventos à remuneração dos ativos. Precedentes do STF. Direito reconhecido por lei ulterior. Embargos não conhecidos” (D.J. 16-6-72, pág. 3.904 — documentos juntos).

Nos termos da jurisprudência do Tribunal, não conheço, “data venia”, do recurso”. (RTJ 68, págs. 270/271)”. (sublinhei)

EM CONCLUSÃO, inobstante o maior respeito e acatamento que se possa tributar às variadas manifestações em contrário, tanto na doutrina como na jurisprudência, permito-me opinar no sentido de que, mesmo não tendo a Lei n.º 6.821/74 estendido, aos inativos, de modo explícito, as alterações que introduziu em relação aos funcionários de nível superior, essa omissão foi suprida pela Lei n.º 3.096/56, denominada “Lei Peracchi”, no seu art. 1.º, que não pode ser acoimado de inconstitucional, pois a Carta Magna, no art. 102, não vetou, como se viu, que, através da via ordinária, se equiparassem ativos e inativos, nem, igualmente, se estendessem, aos aposentados, aumentos de vencimentos resultantes de simples alteração da denominação de cargos ou mudanças do respectivo padrão, tendo em vista não configurarem tais modificações casos de reclassificação catalogada pelo Supremo Tribunal Federal, na Súmula 38, como inconstitucional, mas simples aumento de estipêndios.

Manifesto-me, por isso, no sentido do deferimento da pretensão dos petiçãoários.

PORTO ALEGRE, 14 de junho de 1976.

ACUMULAÇÃO

JOSÉ JOAQUIM MONTEIRO

Consultor Jurídico do Estado do Rio Grande do Sul

PARECER CGE N.º 2568

Exercício de cargo estadual e prestação de serviços avulsos ou eventuais contra recibo na Previdência Social.

Continuidade e pagamento. Relação de emprego. Simultaneidade e acumulabilidade. Incidência da norma constitucional proibitiva. Opção. Decretos n.ºs 57.630/66, 57.825/66, 64.715/69 e 66.715/70.

Decreto-lei n.º 200/67.

Orientação do DASP e decisões dos Tribunais.

Detentor de cargo de Assistente Social no Estado pode prestar serviços avulsos de idêntico conteúdo ao Instituto Nacional de Previdência Social, sem incidir na proibição constitucional referente à acumulação?

Eis a questão que o Senhor Secretário da Administração submete ao pronunciamento desta Consultoria-Geral.

Trata-se de funcionária I.P.S. que, inconformada, solicita reconsideração de despacho que considerou ilegítimo o acúmulo das ci-

tadas posições. Procurando embasar o petitório, diz, entre outras coisas, que “não mantém relação empregatícia com o INPS”; que é “remunerada, eventualmente, em razão do trabalho avulso efetivamente prestado”; que o Decreto federal n.º 57.825/66 arrima sua pretensão; e, afinal, que, embora tivesse oportunidade de tornar-se servidora permanente da autarquia sob o regime da CLT — hipótese em que deveria deixar o cargo estadual para não incorrer em acúmulo — preferiu continuar dita prestação de serviços avulsos.

Por seu turno, a Assessoria Jurídica da Secretaria da Administração, depois de acentuar que cargo e emprego são exercidos pela requerente, simultaneamente, há mais de cinco anos, diverge do recurso interposto, trazendo à colação a opinião do prof. Fernando Camargo Dias e outras manifestações em abono da tese sustentada. Alude, então, à posição da Justiça do Trabalho e da Justiça Federal, segundo a qual “enquanto não for instituído o regime a que se refere o art. 106 da Constituição Federal vigente (Emenda n.º 1/69), todos os servidores públicos estão vinculados ao Estatuto próprio ou à C.L.T. Nenhum prestador de serviço, sem qualquer exceção (g.n.) poderá ficar à margem de um ou outro dos regimes, atualmente existentes, ou seja, do regime estatutário ou do regime da C.L.T.”. Por último, assevera: “Um mesmo fato — prestação de trabalho avulso — não pode gerar efeitos antagônicos. Serve para estabilizar o servidor na função pública (Resolução n.º INPS-602. 16-fls. 11), mas não deve ser levado em consideração para acumulação de cargos, funções e empregos públicos como afirma a petionária em seu pedido de reconsideração”.

É o relatório.

2. Incontroversa se apresenta desde logo a exegese da regra constitucional vedando o acúmulo de cargos, funções ou empregos em qualquer órbita administrativa, bem como nos órgãos descentralizados, excetuando-se apenas as hipóteses enumeradas no caput do art. 99 da Lei Maior em vigor.

Do texto constitucional vigente, impõe-se a transcrição da parte que interessa ao deslinde da questão.

Art. 99 — É vedada a acumulação remunerada de cargos e funções públicas, exceto:

- I — a de juiz com um cargo de professor;
- II — a de dois cargos de professor;
- III — a de um cargo de professor com outro técnico ou científico; ou
- IV — a de dois cargos privativos de médico.

§ 1.º — Em qualquer dos casos, a acumulação somente será permitida quando houver correlação de matérias e compatibilidade de horários.

§ 2.º — A proibição de acumular estende-se a cargos, funções ou empregos em autarquias, empresas públicas e sociedades de economia mista”.

No entanto, o fato de o servidor prestar serviços temporários, de natureza eventual, esporádica e contra recibo, diante de situações especialíssimas, desvinculado para todos os fins e efeitos do serviço público, pode ser entendido como insuscetível de configurar o acúmulo de que cogita a Constituição

O problema adquire maior complexidade quando se desnatura o sentido restrito da prestação no tempo, isto é, quando o serviço deixa de ser avulso ou eventual para, através de sua continuidade, se realizar por período superior ao fixado e prolongar-se durante vários anos. Aqui, precisamente, o núcleo da questão, que tanto tem preocupado a jurisprudência e a doutrina.

3. Historicamente, tal forma de prestação de serviços é observada e se esteia em decretos do Poder Executivo, todos condicionando a sua validade aos pressupostos que estabelecem.

Assim, o Decreto n.º 57.630/66, que dispõe sobre a nomeação e admissão de pessoal para o serviço público federal, além de exigir expressa e prévia autorização do Senhor Presidente da República, enfatiza a necessidade de a tarefa ser cumprida dentro de um ano no máximo e cujo pagamento deve ocorrer à vista do recibo correspondente,

“... desde que comprovada a necessidade da execução do trabalho sob esse regime e observadas as normas da legislação que o disciplinam”. (art. 7.º).

Por sua vez, o Decreto n.º 57.825/66 invocado pela suplicante reza que

“... não constitui acumulação a prestação de serviços avulsos ou através da concessão de credencial por parte de profissionais de nível universitário, mediante retribuição contra recibo”. (art. 1.º).

Depois de dispor que tal tarefa “não importa em qualquer caso e para qualquer efeito, no estabelecimento do vínculo empregatício”. (art. 2.º), estabelece:

“A compatibilidade de horário será reconhecida quando houver possibilidade da prestação de serviços avulsos ou por credencial, na forma prevista neste Decreto, sem prejuízo do número de horas de trabalho exigido para o normal desempenho das atribuições do cargo, função ou emprego, no horário estabelecido pelo órgão competente”. (art. 5.º)

Pelo artigo 4.º do mesmo decreto ficou estabelecido no serviço público federal o limite de 56 horas semanais para os prestadores de trabalho avulso ou por credenciação, incluindo-se nessa jornada o número de horas dispendidas na execução de atribuições de cargo, função ou emprego que regularmente detivessem, consoante a disposição transcrita inserta no artigo 5.º.

Já o Decreto-Lei n.º 200/67, em seu art. 111, determina que

“... a colaboração de natureza eventual à Administração Pública Federal sob a forma da prestação de serviços, retribuída mediante recibo, não caracteriza, em hipótese alguma, vínculo empregatício com o Serviço Público Civil...”.

Explícitadamente pelo Decreto n.º 66.715/70, dita colaboração consiste, à vista do art. 1.º desse ato presidencial, no

“... trabalho em programas de emergência, de caráter assistencial, organizados em virtude de fenômenos climáticos ou meteorológicos”.

Por último, o Decreto n.º 64.715/69 veda

“... o ingresso de pessoal, a qualquer título, inclusive sob a forma de prestação de serviços mediante recibo”,

excetuados

“... o aproveitamento de candidatos aprovados em concurso e os casos de relevante interesse público, limitados a um mínimo indispensável”. (art. 1.º c respectivo parágrafo primeiro).

4. Cotejados os dois últimos decretos ter-se-á por indubitoso que somente em casos de emergência ou de relevante interesse público e preenchidos os demais requisitos ali postos, se legitima a prestação de serviço contra recibo.

Ora, se a interessada, como afirma, está amparada pelo Decreto n.º 57.825/66, importa verificar se o trabalho que executa no INPS, na condição de avulso, é realmente ocasional; se efetivamente está respaldado nesse diploma; se não é continuado e simultâneo com o cargo de Assistente Social do Estado, por mais de cinco anos, consoante a Informação de fls. 16; qual o turno em que exerce a tarefa no INPS e respectiva carga horária, a fim de apurar-se a compatibilidade e o montante das horas trabalhadas; qual, afinal, a forma de pagamento, se por tarefa ou mensalmente.

Sim, porque insuficientes são os informes do INPS a respeito, já que se limitam a declarar que a petionária “presta serviços avulsos neste CENTRO DE REABILITAÇÃO PROFISSIONAL DO INPS, na categoria profissional de Assistente Social” (fls. 34) e que não é servidora “deste Instituto” (fls. 36).

5. Por oportuno, veja-se a orientação do DASP em parecer aprovado pelo seu Diretor Geral, sublinhando que

“... a prestação de serviço mediante recibo não caracteriza o regime ou a situação funcional”

Aduz, ainda, que o

“... pagamento de servidor contra recibo ou mediante folha de pagamento ou qualquer outra modalidade de quitação, constitui questão de mera conveniência administrativa e por si só não caracteriza regime funcional ou relação empregatícia”.

No entanto, adverte que se a situação configurar

“... serviço continuado, com retribuição mensal pré-estabelecida e por prazo indeterminado (grifei), o emprego resultante do exercício dessa atividade constituirá “cargo”, para fins de acumulação”. (RDA, vol. 82, p. 325/7).

6. Ilustrativa também a posição dos tribunais, de modo especial do TST ao conceituar a eventualidade no Direito do Trabalho, “verbis”:

“Não é a intermitência da prestação de serviços nem o fato de ser ela esporádica que configura a sua eventualidade, mas sim a circunstância de serem os serviços pertinentes e diretamente ligados às atividades do empregador”. (Ac. unân. n.º 497/69, da 2a. T., de 27-5-69 — RR 120/69 — Rel. Min. Hildebrando Bisaglia — “in” ADCOAS — Boletim de Jurisprudência — 1969 — p. 414).

E mais estes decisórios:

“É trabalhador eventual, ou avulso, aquele que, num lapso de 11 meses e 5 dias, trabalha 87 dias alternados, auxiliando em serviços para os quais a empresa mantém empregados efetivos”. (TRT — 1a. R — Ac. unân. n.º 170/09 — ADCOAS — Bol. de Jurispr. — 1969 — p. 213).

“Não é trabalhador avulso quem trabalha em maneira permanente e continuada e sempre à disposição do empregador,

com dependência econômica e subordinação jurídica”. (TRT — 6a. R. — Ac. unân. — — ADCOAS — Bol. de Jurispr. — 70 — p. 667).

7. Posta a questão nestes termos, na espécie cumpre pois averiguar se:

a) — há ou não a continuidade e a simultaneidade apontadas quanto ao exercício do cargo estadual e a posição ocupada no INPS;

b) — há ou não retribuição mensal, inobstante o pagamento se faça contra recibo, por semana ou quinzenalmente, porém, de forma sucessiva;

c) — há ou não compatibilidade de horários entre cargo e função dita eventual exercidos pela requerente.

Se afirmativas as duas primeiras indagações e com fundamento na doutrina e jurisprudência citadas, restarão caracterizadas a relação de empregos com a autarquia e a acumulabilidade ilícita deste com o cargo estadual, devendo a interessada optar por uma das posições.

Ao revés, se a prestação for realmente aleatória ou descontínua, fundada na vigência do Decreto n.º 57.825/66 e satisfeitas por inteiro as demais condições — inclusive compatíveis os horários — e o pagamento ocorrer somente por tarefa ou serviços executados alternadamente, ter-se-á por inexistente o vínculo empregatício e conseqüentemente por não incidente a norma constitucional do acúmulo.

É o parecer, s. m. j.

PORTO ALEGRE, 4 de junho de 1974.

CASSAÇÃO DE PROVENTOS

JOÃO SOARES CARRICONDE

Consultor Jurídico do Estado do
Rio Grande do Sul

PARECER CGE N.º 3337

Servidor ferroviário do Estado.

Cassação de diferença de proventos de aposentadoria paga pelo Estado, a servidor ferroviário, convencido, em processo administrativo-disciplinar, da prática de falta grave quando ainda no exercício da função.

Absolvição por insuficiência de provas, em processo-crime a que respondeu pelo mesmo fato, não desconstitui o ato administrativo, praticado em decorrência de processo regular.

Indeferimento do pedido de restabelecimento do suplemento de proventos.

Vem para exame e parecer da Segunda Turma da Equipe de Revisão da Unidade de Processo Administrativo-Disciplinar da Consultoria-Geral do Estado, nos termos do art. 1.º, VI, do Decreto n.º 23.529, de 29-11-74, o processo n.º 1684/75, em que Servidor Ferroviário aposentado pede o pagamento da diferença de proventos de aposentadoria, que lhe foi cassada por decisão proferida no Inquérito Administrativo n.º 516/67, da Secretaria de Energia, Minas e Comunicações.

2. O ferroviário, servidor estadual cedido à Rede Ferroviária Federal, respondeu a Inquérito Administrativo, instaurado em 11 de novembro de 1966, por determinação do Senhor Superintendente da Viação Férrea do Rio Grande do Sul, juntamente com outro colega, acusados de subtrair material pertencente à Viação Férrea, para vender a terceiro.

3. Após os fatos que deram origem ao inquérito, mas antes da instauração deste, o requerente, que já havia completado 35 anos de serviço, requereu e obteve sua aposentadoria.

4. Tramitado o Inquérito Administrativo, com observância das formalidades legais, a Comissão Processante concluiu pela procedência da denúncia e, em consequência, foi proposta a cassação da diferença de proventos da aposentadoria do requerente, paga pelo Estado, com fundamento no disposto no art. 233, inciso II, do Estatuto dos Servidores Públicos Ferroviários do Estado do Rio Grande do Sul (Lei n.º 2.061/53). O Conselho do Serviço Público emitiu parecer, adotando as conclusões da Comissão de Inquérito e o Senhor Governador do Estado aprovou esse parecer, tendo sido cassada a diferença de proventos da aposentadoria que o requerente percebia do Estado, por ato publicado no Diário Oficial do Estado em 15 de janeiro de 1968.

5. Ao mesmo tempo que foi instaurado o processo administrativo-disciplinar, foi também efetuado inquérito policial e instaurado processo-crime contra os acusados pelo mesmo fato que deu origem ao processo administrativo.

6. O processo-crime foi julgado por sentença de 1.º de dezembro de 1971, que absolveu os acusados por insuficiência de provas. Com base nessa decisão, se dirigiu, por petição, ao Senhor Governador do Estado, solicitando o restabelecimento do pagamento da diferença de proventos que havia sido cassada. Encaminhado o processo à Secretaria de Administração, a Assessoria Jurídica deste Órgão opinou pela improcedência do pedido, assim se pronunciando:

“A cassação de vantagens de aposentadoria constituiu pena estatutária que foi aplicada em consequência do inquérito

regular, em que se concluiu pela falta grave cometida pelo servidor. Trata-se de ato administrativo perfeito que deve produzir todos os seus efeitos, independente da solução dada em processo criminal”.

O Senhor Secretário da Administração aprovou o parecer de sua Assessoria Jurídica e o processo foi arquivado.

7. Inconformado com a decisão administrativa, o requerente propôs ação ordinária contra o Estado, pleiteando, por via judiciária, o mesmo que lhe havia sido negado na esfera administrativa: o restabelecimento do pagamento da diferença de proventos da aposentadoria, que lhe fora cassada.

8. A ação se processou pela 2a. Vara da Fazenda Pública e foi julgada improcedente, tendo sido a sentença confirmada pelo Tribunal de Justiça do Estado, por acórdão de 18 de julho de 1974, que assim decidiu:

“Cassação da diferença de proventos de aposentadoria paga pelo Estado a servidor ferroviário convencido, em processo regular, da prática de falta grave no exercício da função que ocupava antes de ser aposentado.

Superveniente absolvição, por insuficiência de provas, no processo crime a que respondeu pelo mesmo fato. Meio inidôneo para desconstituir o ato administrativo, praticado com fundamento nos arts. 227, II e 233, II da Lei Estadual n.º 2.061/53.

Sentença que deu pela improcedência da ação confirmada pelos seus fundamentos”.

9. Agora, volta o requerente a pleitear o restabelecimento da diferença de proventos que lhe foi cassada, alegando o mesmo motivo anteriormente invocado: a absolvição em processo crime, por insuficiência de provas.

10. É evidente a improcedência do pedido. Não tem cabimento a pretensão do requerente de ver restabelecida a diferença de proventos, posto que a cassação foi determinada como pena estatutária, pela prática de falta grave apurada em processo regular.

11. A absolvição em processo crime, por insuficiência de prova, não implica em modificação da decisão administrativa, que é autônoma e se apóia em pressupostos diversos dos que são exigidos para aplicação de penalidade criminal. É esse o entendimento constante da jurisprudência tanto na esfera administrativa, quanto na judiciária e, no caso, expressamente declarada por decisão judicial passada em julgado.

12. Além disso, é absolutamente incabível a pretensão do requerente de modificar situação já decidida em definitivo, em processo judicial. A respeitável decisão proferida na ação ordinária proposta pelo requerente contra o Estado fez coisa julgada sobre o objeto do pleito e não deve ser alterada por via administrativa.

13. Em face do exposto, os integrantes desta Segunda Turma são de parecer que deve ser mantida a pena de cassação dos proventos de aposentadoria pagos pelo Estado, aplicada ao referido Servidor Ferroviário em processo administrativo regular, nos termos do art. 233, II, da Lei n.º 2.061/53, pela prática de falta grave prevista no art. 227, II da mesma Lei.

É o parecer.

PORTO ALEGRE, 14 de junho de 1976.

RESOLUÇÃO DE CONTRATO DE TRABALHO

NEY SA

Consultor Jurídico do Estado do
Rio Grande do Sul

PARECER CGE N.º 3366

Abandono de emprego por servidor regido pela CLT só exige manifestação da Justiça especializada em caso de estabilidade.

Descabimento do Processo Administrativo.

Vêm a exame da Equipe de Revisão da Unidade de Processo Administrativo-Disciplinar da Consultoria-Geral do Estado, em obediência ao que se contém no art. 1.º, inciso VI, do Decreto n.º 23.529/74, os autos do Processo Administrativo-Disciplinar n.º 346/76-CGE, realizado no Departamento Estadual de Portos, Rios e Canais, nos quais figura como indiciado, servente avulso, lotado na Administração do Porto de Rio Grande, processo esse instaurado em obediência aos termos da Portaria n.º 863, de 16 de outubro de 1973, da Direção Geral daquele Departamento.

Avoquei.

O processo foi instaurado com o fim de apurar falta consistente em abandono de cargo em que teria incorrido o indiciado, após haver decorrido, em relação ao fato, longo período de inércia administrativa.

RCGE, Porto Alegre, 6(16): 175-180, 1976

175

Como se verifica do processo, em 24 de agosto de 1956, o denunciado obteve alta do então Instituto de Aposentadoria e Pensões dos Marítimos, por conta do qual se encontrava licenciado para tratamento de saúde.

Em 28 de setembro do mesmo ano de 1956, informa-se que o aludido servente avulso não mais retornou ao trabalho e "... completou dia 24 do corrente trinta dias de faltas ao serviço, sem motivo justificado, incorrendo desta forma em abandono de emprego". (fl. 8)

Muito depois disso, em 27 de agosto de 1963, o aludido servente pretendeu retornar ao Departamento Estadual de Portos, Rios e Canais, apresentando-se com um Atestado de alta fornecido por médico do Instituto de Aposentadoria e Pensões dos Marítimos.

Não logrou seu intento, tendo, no entanto, o Departamento Estadual de Portos, Rios e Canais procurado, inutilmente, obter esclarecimentos junto à autarquia previdenciária com respeito à situação do aludido servidor.

Inobstante, o processo esclarece que o indiciado era servente avulso, tendo sido incluído nas turmas do cais, em Rio Grande, em 30 de maio de 1947, sendo excluído, por abandono do serviço, em 1.º de junho de 1954. Reincluído em 28 de setembro do mesmo ano, após gozo de licença para tratamento de saúde de que teve alta em agosto de 1956, não mais retornou ao serviço. (fl. 22v.)

Somava, assim, o aludido servidor, por ocasião do seu último afastamento, oito anos, dez meses e dezessete dias de serviço, computados aí nove meses e vinte e seis dias em que esteve em gozo de licença para tratamento de saúde por conta do Instituto de Aposentadoria e Pensões dos Marítimos, como decorre da informação lançada a fl. 31v. do processo.

Dessa mesma informação consta ter o indiciado passado a "trabalhar em Bagé, onde está na firma "José Gomes Filho", sita à rua Mal. Floriano, 371".

O Processo Administrativo por abandono de cargo teve origem na consideração de que "... quando foi criado o Sindicato dos Trabalhadores Portuários, em 1959, o epigrafado recaiu, automaticamente, na categoria de extranumerário, pois, ausente, tendo abandonado outra vez o emprego, não podia ingressar no Sindicato novel. Sujeito, assim, ao Estatuto, cabe instaurar, contra o referido Inquérito Administrativo (art. 225, 226 do Estatuto), pois "O PROCESSO ADMINISTRATIVO PRECEDERÁ SEMPRE DEMISSÃO DO FUNCIONARIO, SEJA ELE ESTAVEL OU NÃO". (sic)

Encontra-se o processo eivado de nulidade. Assim, desde logo, se observa a imprestabilidade da citação-edital, uma vez que consta dos autos não só o endereço do acusado como, até mesmo, o local onde ele exercia a sua atividade (fls. 24, 27, 28, 31v e 43).

Além disso, por essa forma considerado citado para comparecer à audiência inicial marcada para o dia 27 de julho de 1974, às 14 horas, no edifício da Administração do Porto de Rio Grande, nada há no processo a noticiar que tal audiência se tivesse realizado, nem de que o indiciado tivesse atendido à citação. Cerca de um mês depois, no dia 20 de agosto do mesmo ano de 1974, certifica-se que "tendo em vista a revelia do indiciado" (fl. 56), foi-lhe designado defensor, ficando, a partir daí, aberto prazo para a apresentação de defesa.

O defensor, todavia, não assinou termo de compromisso nem consta dos autos qualquer justificativa por não o ter feito.

Passados oito meses, no dia 2 de maio de 1975, foi nomeado novo defensor por haver o primeiro alegado "não dispor de tempo para fazer a defesa do indiciado" (fl. 58)...

Isto para citar apenas algumas das irregularidades constatadas no processo, a primeira das quais, aliás, suficiente para decretar-lhe a nulidade e, assim, obrigar ao refazimento do processado a partir da citação, inclusive.

Todavia, segundo entendemos, o próprio processo não tem razão de ser. Como já sublinhado acima, desde 24 de agosto de 1956, o in-

diciado abandonara o serviço, não sendo possível entender-se, como pretende a informação de fl. 31v que, em 1959, por ocasião da criação do Sindicato dos Trabalhadores Portuários, devesse ele ser considerado extranumerário, regido pelo Estatuto do Funcionário Público Civil do Estado.

A relação de emprego que o indiciado manteve com a pessoa jurídica de Direito Público extinguiu-se em 1956, não tendo condições, tal vínculo, extinto por abandono, de gerar qualquer efeito posterior e, muito menos, a sua pretendida transformação em extranumerário, regido pelo Estatuto.

Note-se que, ao tempo do abandono, o servidor em causa nem sequer gozava de estabilidade, não havendo, portanto, necessidade de inquérito judicial, perante a Justiça Trabalhista, para se configurar a falta grave de abandono e a conseqüente resolução do vínculo empregatício.

Segundo a lição do eminente MOZART VICTOR RUSSOMANO, em seus apreciados "Comentários à Consolidação das Leis do Trabalho", vol. III, págs. 833/834, 6a. edição:

"... A obrigação fundamental do empregado é prestar serviços. Quando ele abandona o emprego, comete uma falta gravíssima, que atinge, de cheio, esse seu dever básico do contrato de trabalho.

Dois elementos aparecem na análise dessa figura: o elemento material, que é a ausência injustificada do trabalhador; o elemento psicológico, que é o ânimo, a intenção de não voltar ao emprego.

Quanto à ausência do empregado, deve ser ela injustificada...

Além de injustificada deve ser essa ausência mais ou menos longa. A jurisprudência fixou em 30 dias o prazo de configuração do abandono.

Se, ... o empregado perdura afastado, injustificadamente, durante mais de 30 dias, presume-se que ele tenha o intuito de não voltar ao serviço. Em tão longa ausência fica, igualmente, implícita essa intenção. De modo que, agora, ao contrário, o elemento material desta justa causa exclui e dispensa o seu elemento psicológico, que passa a ser presumido".

No mesmo sentido, a lição de ORLANDO GOMES e ELSON GOTTSCHALK:

"... O abandono de emprego requer uma intenção particular a que se denomina *animus abandonandi*. Mas o decurso de 30 dias de afastamento do empregado, sem motivo plausível, pode caracterizá-lo pela *simples ocorrência do elemento objetivo*". ("Curso de Direito do Trabalho", Forense, 4a. edição — 1971, pág. 357).

Não tem sido outra a orientação da jurisprudência consagrada pelos nossos pretórios trabalhistas. Assim, no processo TRT-1.863/65, por acórdão de 3 de fevereiro de 1966, da lavra do eminente juiz JORGE SURREAUX, ficou decidido que:

"... para caracterizar-se o abandono de emprego é necessária a configuração do elemento intencional. A jurisprudência, entretanto, estabeleceu que a ausência de 30 dias consecutivos traz a presunção da existência do referido elemento intencional". (in "Ementário de Jurisprudência do Tribunal Regional da 4a. Região", ed. Livraria do Globo, pág. 29).

Igualmente, no processo TRT-460/68, em acórdão de 2 de maio de 1968, da lavra do juiz PERY SARAIVA proclamou-se que:

"... Para que a ausência do empregado ao serviço por prazo superior a 30 dias possa elidir a falta grave de abandono é necessário que a alegação do trabalhador de que se achava impossibilitado para o serviço encontre apoio na prova dos autos, tanto mais quando neles existe prova documental em contrá-

rio que ateste a alta do empregado dada pela Cia. de Seguros". (in "Ementário de Jurisprudência do TRT da 4a. Região", vol. n.º 4).

E, ainda:

"... A ausência do empregado por mais de 30 dias e sem justificativa plausível implica na presunção de abandono". (Ac. unân. da 1a. Turma do TST in "Revista do TST", jan/déz, 1960, pág. 91).

In casu, o tempo do afastamento do servidor já perdura por muitíssimos anos e o seu vínculo de trabalho com o Estado, como já se disse, de há muito está rompido.

Nem há que se invocar a falta de inquérito judicial, necessário a produzir a dissolução do contrato porque, como assinalado, o abandono ocorreu antes do servidor ter conquistado a estabilidade conferida pela legislação trabalhista.

Como ensinam os já citados ORLANDO GOMES e ELSON GOTTSCHALK, "... a resolução do contrato de trabalho só se verifica quando o empregado se acha no gozo da estabilidade do emprego. Nessa hipótese única, o empregador só pode resolver o contrato mediante a propositura de ação própria, sob a forma de inquérito, para comprovar a inexecução culposa do contrato, pelo empregado". (Op. cit. pág. 331)

Diante de todo o exposto, rescindido como se encontra o contrato, por abandono de emprego verificado em 1956, nada mais há a fazer.

Entendemos, por isto, deva ser arquivado o processo.

Este é o parecer, S.M.J.

PORTO ALEGRE, 29 de julho de 1976.

TAXAS MUNICIPAIS DE EXPEDIENTE NÃO INCIDEM NAS TRANSAÇÕES DE IMÓVEIS

REJANE BRASIL FILIPPI

Advogado de Ofício do Estado do Rio
Grande do Sul

PARECER CGE N.º 3132

Illegitimidade da cobrança. Inconstitucionalidade. Vulneração do art. 18, § 2.º, da Constituição Federal.

A consulta formulada pela PREFEITURA MUNICIPAL se refere à dúvida relativamente à legitimidade "da taxa de 0,35 por mil nas transações de imóveis", que vem sendo cobrada há vários anos pelo Município, e cujo cancelamento foi, recentemente, requerido por Vereador da Câmara local, sob alegação de que se trata de bitributação.

Segundo o teor da consulta, a matéria está regulada no Código Tributário Municipal (Lei n.º 23, de 28 de novembro de 1969), anexo, na tabela de fl. 35, item 7.

2. Face às informações recebidas na consulta, bem como o exame do estatuto legal mencionado, verifica-se que a taxa ameaçada encontra sua previsão legal na letra "b" do art. 2.º, inciso II da parte geral do Código Tributário Municipal, que a caracteriza como contraprestação à efetiva ou potencial utilização de serviços públicos municipais específicos e divisíveis.

A TAXA DE EXPEDIENTE (art. 175, II, Lei 23 mencionada), espécie do gênero, consiste, pois, na remuneração de serviços pú-

RCGE, Porto Alegre, 6(16): 181-183, 1976

181

blicos municipais, importando, no caso, “no pagamento de 0,35 por mil nas transações de imóveis” Conforme especificação contida na tabela de fl. 35, item 7.º, ela é, em última análise, contraprestação de serviços de fornecimento de “guias apresentadas às repartições para qualquer fim...”. A partir da Emenda Constitucional n.º 5 de 21-11-61, que deu nova redação ao artigo 29 da Constituição Federal de 1946, a competência para cobrar imposto de transmissão passou a pertencer aos municípios. Posteriormente, o artigo 9.º da Emenda Constitucional n.º 18 de 1-12-61 fez voltar ao Estado a referida competência, situação que permanece presentemente (Emenda Constitucional n.º 1, de 1969, art. 23, I).

De modo que, a competência tributária do município relativa à transferência da propriedade imobiliária foi extinta, passando aos Estados-membros a arrecadação do imposto devido no momento das transmissões respectivas.

Assim, a atividade municipal ligada “à transações sobre imóveis”, e concernente ao fornecimento ou expedição de “guias”, carece de objeto: como consequência, torna-se impraticável a cobrança de “taxa de expediente”, face à ausência de correspondência com o serviço prestado.

3. De resto, descabe, ainda por outro fundamento, a sua cobrança, pelo município, de modo como até então vem sendo efetuada.

Seu fato gerador é coincidente com o imposto de transmissão de imóveis. Idêntica a base de cálculo. Incide, assim, na proibição contida na Constituição Federal, que no seu artigo 18, § 2.º dispõe:

“Art. 18 — Além dos impostos previstos nesta Constituição compete à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios instituir:

I — Taxas arrecadadas em razão do exercício do poder de polícia ou pela utilização efetiva ou potencial de serviços públicos específicos e divisíveis prestados ao contribuinte ou postos à sua disposição.

§ 2.º — Para cobrança de taxas não se poderá tomar como base de cálculo a que tenha servido para a incidência dos impostos”.

O Supremo Tribunal Federal já se pronunciou sobre matéria semelhante, ao decidir sobre inconstitucionalidade da cobrança “Taxa de Conservação de Estradas”. Menciona-se, apenas por prazer dialético, um dentre muitos acórdãos no mesmo sentido:

“RE. n.º 78.588-SP — Diário da União de 8-1-75, pág. 73.

Taxa de conservação de ESTRADAS — Lei 359/69 do Município de Riolândia. Sua ilegitimidade. Vulneração do art. 18, § 2.º da Lei Magna, do art. 77, parágrafo único do Código Tributário Nacional. RE provido”.

Face às informações e elementos recebidos, entendemos que a taxa de expediente é ilegítima devido à extinção da competência tributária municipal referente às aludidas transferências de imóveis, cessando, em virtude deste fato, as atividades respectivas.

É, ainda, inconstitucional em virtude de que sua base de cálculo não difere da que serve à incidência do imposto estadual de transmissão inter-vivos.

É o parecer.

PORTO ALEGRE, 6 de outubro de 1975.

A RFF S.A. NÃO ESTÁ ISENTA DO PAGAMENTO DE TAXAS

MAURÍCIO AZEVEDO MORAES

Consultor Jurídico do Estado do Rio Grande do Sul

PARECER CGE N.º 3313

A isenção de impostos concedida à RFFSA pelo Ato Complementar n.º 63, de 4 de setembro de 1969, não compreende a Taxa Municipal de Calçamento.

A Prefeitura Municipal dirige consulta a esta Consultoria Geral indagando se a Rede Ferroviária Federal S/A. está, ou não, sujeita ao pagamento da Taxa Municipal de Calçamento, criada pela Lei Municipal n.º 441, de 2 de junho de 1966.

2. A concessão de isenção de tributos é ato do poder público competente para decretá-los (BALEEIRO, Aliomar. **Direito Tributário Brasileiro**. 5. ed. Rio, Forense, 1973. p. 522; PONTES DE MIRANDA. **Comentários à Constituição de 1967, com a Emenda n.º 1, de 1969**. 2. ed. S. Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 1970, T.2, p. 429). Assim, somente a entidade pública que possui poder fiscal relativo a taxas tem competência para conceder isenção quanto a elas. Tal ocorre porque apenas o poder público que impõe o tributo pode ajuizar da possibilidade de redução de seus recursos financeiros ou da política fiscal ou extrafiscal que deseje imprimir.

Assim, no caso, somente o Município, competente para legislar sobre a referida taxa, poderia ter concedido isenção quanto a esse tribu-

to, dispensando a Rede Ferroviária Federal S/A., ou qualquer outro órgão, do seu pagamento. Mas não o fez, quer na referida Lei n.º 144/66, quer em outra.

O princípio de que o poder competente para tributar é o competente para isentar não permite exceção alguma com referência às taxas, embora admita quanto aos impostos. A Ementa Constitucional n.º 1, de 17 de outubro de 1969, no art. 19, § 2.º, estabelece:

“A União, mediante lei complementar e atendendo a relevante interesse social ou econômico nacional, poderá conceder isenções de impostos estaduais e municipais”. (grifei)

A Constituição Federal de 1967, do mesmo modo, assim dispunha no § 2.º do art. 20. Com fundamento nesse dispositivo, foi baixado o Ato Complementar n.º 63, de 4 de setembro de 1969, que prescreve:

“Art. 1.º — A Rede Ferroviária Federal S/A. e suas subsidiárias, enquanto subvencionadas pelo Tesouro Nacional, ficam isentas do pagamento dos impostos de transmissão de bens imóveis e de direitos a eles relativos, sobre a propriedade predial e territorial urbana e sobre serviços de qualquer natureza, cancelados quaisquer débitos fiscais, inclusive multas, existentes à data deste Ato Complementar, resultantes de processos judiciais ou administrativos, ainda que já definitivamente julgados”.

Portanto, a Rede Ferroviária Federal S/A. e suas subsidiárias estão isentas apenas do pagamento dos impostos de transmissão de bens imóveis e de direitos a eles relativos, sobre a propriedade predial e territorial urbana e sobre serviços de qualquer natureza.

E, evidentemente, não se poderá pretender estender às taxas municipais a isenção de impostos outorgada à Rede Ferroviária Federal S/A., através do A.C. 63. Primeiro, em razão de o A.C. só a ter isentado dos impostos que enumerou: de taxas, aliás, não poderia isentá-la, por vedação constitucional (C.F., art. 19, § 2.º). Em segundo lu-

gar, porque, admitindo-se, apenas para discutir, poder a União também isentar taxas municipais, ainda assim, no caso, a Taxa de Pavimentação de que se trata seria devida, pois se referindo o Ato Complementar 63 somente a Impostos, a isenção não poderia ser extensiva a taxas. Normas de isenção, por terem caráter excepcional, só admitem interpretação restritiva, é pacífico. E a isenção de impostos, ademais, não é extensiva às taxas, salvo disposição de lei em contrário (Código Tributário Nacional, art. 177).

Segundo o ensinamento de ALIOMAR BALEEIRO:

“Nenhum intérprete digno de respeito poderia sustentar a extensão da isenção de impostos às taxas, à contribuição de melhoria ou aos tributos posteriormente criados, se realmente foram obedecidas as disposições constitucionais e do próprio C.T.N., que conceituam cada tributo. O S.T.F. sempre repeliu a compreensão de taxas nas isenções de impostos (Ver, p. ex., R.E. 57.872, V. NUNES, 30-5-66, R.T.J., 38/92)”. (BALEEIRO, Aliomar, op. cit., p. 524).

Sobre o assunto, o Tribunal de Alçada de São Paulo, no julgamento do agravo de petição n.º 193.618, cujos litigantes eram a Prefeitura Municipal e a Rede Ferroviária Federal S/A., decidiu:

“O Ato Complementar n.º 63, de 4-6-1969, isentou a Rede Ferroviária Federal dos seguintes impostos: a) transmissão de bens imóveis e de direitos a eles relativos; b) sobre a propriedade predial e territorial urbana; e c) sobre serviços de qualquer natureza. São os impostos de que tratam os arts. 32, 35 e 71 da Lei Federal n.º 5.172, de 1966 (Código Tributário Nacional).

De taxas não foi isentada a Rede Ferroviária Federal.

A Constituição Federal, aliás, faculta à União conceder, mediante lei complementar, isenções de impostos federais, estaduais e municipais. Refere-se a impostos, não a taxas”.

(SÃO PAULO. Tribunal de Alçada. A Rede Ferroviária Federal não está isenta da taxa de pavimentação. AP n.º 193.618. Prefeitura Municipal de Jundiá versus Rede Ferroviária Federal S/A. (Regional Centro Sul). Relator: Senhor Juiz MARTINIANO DE AZEVEDO. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, (117): 83-4, jul./set. 1974)".

Desse modo, concluo no sentido de que a Rede Ferroviária Federal S/A. está sujeita ao pagamento da Taxa de Calçamento criada pela Lei n.º 441, de 2 de junho de 1966, do Município.

PORTO ALEGRE, 21 de maio de 1976.

RCGE, Porto Alegre, 6(16): 185-188, 1976

INDICE

ACUMULAÇÃO — Exercício de cargo estadual e prestação de serviços avulsos ou eventuais contra recibo na Previdência Social, por José Joaquim Monteiro — Parecer 2568/CGE	163
CARRICONDE, João Soares. Cassação de proventos. Servidor ferroviário convencido em processo administrativo-disciplinar — Parecer 3337/CGE	171
CONCESSÃO MERCANTIL, por Almiro do Couto e Silva	119
CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, por Ney Sá, Benoni Silveira Souza e Manoel André da Rocha	23
COUTO E SILVA, Almiro do. Concessão mercantil	119
DESAPROPRIAÇÃO — Transferência do domínio na, por Telmo Candiota da Rosa Filho	111
DIEHL, Walter José. Evolução negativa do Direito Tributário Brasileiro	103
DIREITO TRIBUTÁRIO BRASILEIRO — Evolução negativa do, por Walter José Diehl	103
FERRAZ, Sérgio. As Regiões Metropolitanas no Direito Brasileiro	11
FILIPPI, Rejane Brasil. Taxas Municipais de Expediente não incidem nas transações de imóveis — Parecer 3132/CGE	181
GRIFFA, Norberto Luiz. Pressupostos lógicos e epistemológicos da linguagem jurídica	63
IMPOSTOS — Isenção. A RFF S. A. não está isenta do pagamento de taxas, por Maurício Azevedo Moraes — Parecer 3313/CGE	185
	189

LINGUAGEM JURÍDICA — Pressupostos lógicos e epistemológicos da, por Norberto Luiz Griffa	63
MONTEIRO, José Joaquim. Acumulação. Exercício de cargo estadual e prestação de serviços avulsos ou eventuais contra recibo na Previdência Social — Parecer 2568/CGE	163
MORAES, Maurício Azevedo. A RFF S.A. não está isenta do pagamento de taxas — Parecer 3313/CGE	185
PROVENTOS — Revisão de, por Valdocyr S. Scmazzon — Parecer 3338/CGE	145
PROVENTOS — CASSAÇÃO — Servidor ferroviário convencido em processo administrativo-disciplinar, por João Soares Carricande — Parecer 3337/CGE	171
REGIÕES METROPOLITANAS — No Direita Brasileiro, por Sérgio Ferraz	11
ROCHA, Manoel André da, e outros. O Contencioso Administrativo Constitucional	23
ROSA FILHO, Telmo Candiota da. Transferência do domínio na desapropriação	111
SÁ, Ney. Resolução de contrato de trabalho. Abandono de emprego por servidor regido pela CLT — Parecer 3366/CGE	175
SÁ, Ney, e outros. O Contencioso Administrativo Constitucional	23
SCOMAZZON, Valdocyr S. Revisão de proventos — Parecer 3338/CGE	145
SOUZA, Benoni Silveira, e outros. O Contencioso Administrativo Constitucional	23

TAXA MUNICIPAL DE CALÇAMENTO — A RFF S. A. não está isenta do pagamento de taxas, por Maurício Azevedo Moraes — Parecer 3313/CGE	185
TAXA MUNICIPAL DE EXPEDIENTE — Não incidem nas transações de imóveis, por Rejane Brasil Filippi — Parecer 3132/CGE	181
TRABALHO — CONTRATO — Resolução de. Abandono de emprego por servidor regido pela CLT, por Ney Sá — Parecer 3366/CGE	185

