

processo anterior de majorações periódicas de vencimentos. A sentença, como é sabido, constitui um silogismo, ou seja uma operação de lógica formal, cuja premissa maior é sempre a lei. Aplicado o raciocínio ao caso particular — que é a premissa menor — tem-se o julgado, cujos efeitos, objetivamente, vão se incorporar ao patrimônio do funcionário e — êsses sim — ficam imunes à eficácia da lei nova. Mas desaparecida a premissa maior do silogismo (a lei), por determinação de outra lei, não há que se falar na subsistência de mera expectativa de direito que a nova regra fêz desaparecer.

No caso específico do Recorrente, esclareça-se que a ordem judicial foi até enfática, ao declarar que os quinquênios seriam conferidos de acôrdo com a legislação vigente à época, e não abstratamente, como um direito acima da lei, como êle parece supor.

Por fim, devo testemunhar que o Estado, ao que se saiba, não sofreu qualquer derrota na área judicial em defesa do princípio da Lei n.º 72/1961 que extinguiu os quinquênios. Inúmeras foram as pretensões formuladas pelos interessados junto ao Poder Judiciário, os quais não tiveram qualquer vitória, como se pode ver, entre outros, dos arestos seguintes: Adilson Coutinho Serôa da Mota e Outros (Agravo de Petição n.º 16.991 — 8.ª Câmara Civil); Alberto Furtado Graboswy e Outros (Agravo de Petição n.º 17.086, 1.ª Câmara Civil); Lívio de Araújo Pôrto (Agravo de Petição n.º 17.580 — 1.ª Câmara Civil); Rousseau Leão Castelo (Agravo de Petição n.º 17.806, 6.ª Câmara Civil, mantido pelo Supremo Tribunal Federal no Recurso Ordinário n.º 14.308); Carlos José Veríssimo e Outros (Agravo de Petição n.º 16.720, 5.ª Câmara Civil); Paulo José Figueiredo e Outros (Agravo de Petição n.º 16.537 — 7.ª Câmara Civil); Tereza Pessoa de Melo Paixão e Outros (Agravo de Petição n.º 17.930, 2.ª Câmara Civil, mantido pelo Supremo Tribunal no Recurso Ordinário n.º 13.713); Sílvio Mendes Figueiredo (Agravo de Petição n.º 18.385, 4.ª Câmara Civil); Jorge Moutinho Dória e Outros (Agravo de Petição n.º 17.206, 6.ª Câmara Civil); etc.

É o meu voto.

#### DECISÃO

Como consta da Ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade de votos, não se conheceu do recurso, nos têrmos do relatório e voto do Relator. Votaram com o Relator os Senhores Conselheiros ODETTE TOLEDO (Revisora), JOSÉ MARIA DA MOTA, KLEY OZON MONFORT, MARIA BOMFIM e FRANCISCO MAURO DIAS. Compareceu o recorrente e não usou da palavra.

## ASSUNTOS DE INTERESSE GERAL

### CONTRÔLE JURÍDICO DA ADMINISTRAÇÃO

*Apointamentos à margem da conferência sobre o tema, proferida pelo Professor Garcia de Enterría, Catedrático de Direito Administrativo da Universidade de Madri, no dia 20 de novembro de 1969, na Escola de Serviço Público do Estado da Guanabara.*

Mestre ainda jovem, mas de invejável *curriculum*, GARCIA DE ENTERRIA confirmou, como conferencista, as mesmas qualidades de monografista que conhecíamos nos seus dois livros mais divulgados: *Dos estudios sobre la Usucapión en el Derecho Administrativo* e *Los principios de la nueva Ley de Expropiación Forzosa*

A primeira destas obras bem ilustra a imaginação do jurista; enfrenta dois temas singulares: a reversão das concessões e a imprescritibilidade do domínio público, versando os quais, GARCIA DE ENTERRIA, na esteira da criação de SANTI ROMANO, aponta reminiscências obsoletas, ditas “mitos jurídicos”, que exercem danosa influência no Direito Administrativo moderno. Realmente, tanto a reversão das concessões a prazo, responsável pela decadência dos serviços de quase tôdas as grandes concessionárias, como a imprescritibilidade absoluta, que institui a instabilidade de fixação do homem à terra, são técnicas anti-sociais mantidas em razão de uma “autonomia mítica” que vêm resistindo ao notável avanço da disciplina nestes últimos cem anos.

O tema da conferência é dos mais vastos. Sabedor das dificuldades da síntese, o Professor de Madri organizou um esquema simples: as técnicas de aplicação do princípio da legalidade e o estudo dos círculos de imunidades dos poderes de contrôle jurisprudencial.

A primeira parte teve, assim, interesse histórico. O princípio da legalidade, como já nos ensinava MAYER, surgiu na última fase de desenvolvimento do direito Administrativo, afirmando a disciplina como fruto do Estado Constitucional de Direito (*Rechtsstaat*). Na verdade, o direito à legalidade não poderia se afirmar através de técnicas de pequeno alcance, como o direito de resistência, quer em seu aspecto passivo, quer no ativo (rebelião ou revolução, conforme se tratasse de atuação de pequena ou grande envergadura). O direito de resistência tinha suas raízes na teologia medieval, na qual, aos bafejos do jusnaturalismo patrístico, supra-ordinava-se, aos sistemas positivos, ordem mais elevada de princípios que justificariam o rebelado. A mesma ineficiência para o dia-a-dia da apli-

cação do direito às relações Estado-administrado, apresentava a segunda solução: penalização criminal do agente arbitrário. Surgiu já, é verdade, o *processo*, como técnica de controle, mas sem o âmbito atual, restrito, como estava, à apuração e apenação das figuras criminais. Finalmente, com a instituição de um sistema de controle jurisdicional chegamos à solução atual, caracterizada pela existência de *juizes* da legalidade da atuação da administração.

Não importa, como parece não ter preocupado, também, ao conferencista, se este controle se faz internamente, pela criação de um sistema julgador do *contencioso administrativo*, distinto dos órgãos da Justiça comum, ou externamente, adotando-se o princípio da unidade de jurisdição.

A propósito, são, ambas as formas, ângulos de apreciação de um mesmo princípio fundamental: o da separação de poderes do Estado. A regra áurea de MONTESQUIEU foi interpretada pela Revolução Francesa como determinante de uma absoluta impossibilidade do Poder Judiciário imiscuir-se em assuntos do Poder Executivo, enquanto que, na Ilha, gerando o sistema anglo-saxão, a separação obrigatória era entendida funcionalmente: um só direito — uma só jurisdição. Nasceu, assim, na França, o sistema de controle interno ou, simplesmente, do contencioso administrativo, e, na Inglaterra, o sistema de controle externo ou do controle pelo Judiciário.

Em trabalho recente, realizado no final de estágio com a equipe do Professor MARCELO CAETANO, na Universidade de Lisboa, buscamos demonstrar que, atualmente, os dois tipos clássicos não se apresentam mais em sua pureza concepcional. A experiência de um século de Direito Administrativo criou tipos compostos, cada vez mais miscigenados, tendendo a uma solução de compromisso que já vem despontando em vários países, reunindo as vantagens dos dois sistemas primitivos, depurando-os de suas imperfeições. É, realmente, irrelevante o problema meramente topológico da jurisdição administrativa, se se insere no Poder Executivo ou se no Poder Judiciário. O que importa é: 1.º — dotar a Jurisdição Administrativa, como órgão, de garantias de independência que lhe permitam exercer suas funções com imparcialidade; e 2.º — adotar, constitucionalmente, a chamada *cláusula geral de competência*.

O professor ENTERRIA não suscitou o problema das excelências e deficiências dos dois sistemas-paradigma, porém, conhecida a evolução da justiça administrativa na Espanha e avaliada a riqueza de sua experiência pessoal em países de sistema misto de grande eficiência, como Itália e Alemanha, ousamos crer que tal discussão não lhe oferece atrativos acadêmicos.

Já o problema da *fixação do âmbito do controle jurisdicional*, fundamental no tema da conferência e crucial no Direito Administrativo, mereceu-lhe exame mais aprofundado. Em sua exposição, a técnica de controle está historicamente ligada à concepção dos chamados *círculos de imunidade dos poderes do Juiz sobre a atuação administrativa*.

Segundo seu ensinamento, são três as áreas imunes ao controle jurisdicional: 1.ª) a área de atuação do poder discricionário; 2.ª) a área de atuação do poder de governo e 3.ª) a área de atuação do poder normativo.

O trabalho do jurista está em delimitar acuradamente estes três círculos. O Professor ENTERRIA adota esta tripartição apenas como método expositivo, porquanto acaba assimilando o ato de governo ao ato administrativo discricionário, ao menos para efeitos práticos.

Nós nos permitimos ir mais longe e, nascendo a idéia da observação de elementos *comuns* nas três áreas, propusemos uma concepção unificada, sob inspiração de autores como VON ROENNE e SCHULZE que entendem a *atuação de Governo* como simples *qualidade* da atividade administrativa geral e, assim, um equivalente de *discricionariedade superior* (1). Por outro lado, vislumbramos na *atuação normativa* também uma categoria de discricionariedade, em que as opções, em tese, são feitas dentro das alternativas abertas pela normatividade constitucional. Observe-se que conotações políticas estão presentes em *todas* as opções abstratas do legislador e em *algumas* das opções concretas ou abstratas (regulamento) do administrador.

Voltando à exposição do Professor ENTERRIA, releva, ainda, a sua apreciação das novas técnicas de controle do ato discricionário. Primeiramente, aponta a obsolência da técnica de *desvio do poder*, utilizada para atacar o ato eivado de vício de finalidade; em declínio na própria França, onde surgiu como notável criação do Conselho de Estado, o *détournement de pouvoir* está sendo substituído, aos poucos, por técnicas novas, como a do *contrôle do motivo* e outras ainda mais recentes.

Quanto ao *motivo*, ainda por muitos entendido como imune no controle jurisdicional, as novas correntes doutrinárias distinguem o *contrôle de existência* do *contrôle de valoração*: este, apenas, está na esfera da imunidade e não aquele. Com efeito, não só a simples *inexistência* de motivo como, mais sutilmente, a sua *falsidade*, são contrastáveis. O controle jurisdicional pode confrontar o motivo, explícita ou implicitamente utilizado como fundamento do ato, com um paradigma abstrato.

A esse respeito, ANDRÉ GONÇALVES PEREIRA (*in Erro e Ilegalidade no Ato Administrativo* — Ed. Atica, Portugal — 1962), desenvolvendo um conceito de *causa* do ato administrativo, apresenta-a como “relação de adequação entre os pressupostos do ato e o seu objeto” e conclui que ou estes pressupostos “existem na realidade e o ato tem causa; ou não existem porque o agente se enganou ou intencionalmente afirmou a realidade de pressupostos inexistentes para justificar a sua ação — e o ato está desprovido de causa, falta-lhe um elemento essencial e deve ser anulado”. Aí está o cerne da teoria do erro aplicável ao ato administrativo discricionário (É preciso esclarecer a nomenclatura: *motivo*, para o autor citado, é um elemento subjetivo, mera representação do fim da consciência do agente).

Daí a imensa importância que vem assumindo o controle dos fatos determinantes. O juiz continua a não valorar os motivos mas deverá indagar de sua existência e veracidade — o erro do agente ou *induzido pelo* agente.

(1) *Revista de Direito*, vol. 20, pág. 130.

Também, como corolário, cresce em importância a boa política administrativa da fundamentação. O ato discricionário, em que se dispensa a vinculação causal, fica jungido aos motivos determinantes, se expressos. Ora, esta declaração de motivos é expediente que *reforça* o ato administrativo, pela delimitação que traz ao campo de exame jurisdiccional e, ao mesmo tempo, *facilita* seu controle, já que a pesquisa da motivação se torna tarefa de simples contrastamento entre o invocado e a realidade.

Sobre as excelências da motivação há monografia bastante explícita, de JUAN LUIS DE LA VALINA VELARDE (*La Motivación del Acto Administrativo* — Madri, 1967), em que o autor propõe nada menos que seis razões de caráter prático calcadas sobre princípios jurídicos universalmente aceitos.

Ainda no campo dos motivos, referiu-se o Professor GARCIA DE ENTERRIA à construção contemporânea da doutrina alemã, distinguindo o campo da *discricionariedade* da área de aplicação dos chamados *conceitos jurídicos indeterminados*.

A distinção não é nova e sobre ela, mesmo no Brasil, já se escreveu. A atualidade está na importância que vem assumindo em vários tribunais europeus. A diferença entre estes dois conceitos, como se sabe, está no âmbito de opção. Os conceitos jurídicos indeterminados existem em todos os ramos do direito; são eles o de “bom pai de família”, o de “boa fé”, o de “perigo público”, o de “justo preço”, o de “ruína iminente”, etc., que agem como *causa efficiens* de atos jurídicos.

Tais conceitos só são indeterminados em tese, pois são determináveis quando de sua aplicação às hipóteses; uma vez *determinado* o conceito, *in casu*, decorre *uma única solução justa*.

Já o conceito de discricionariedade, diferentemente, admite *pluralidade de soluções justas*. Como consequência, ficam as opções da Administração, se motivadas pela existência, reconhecida e devidamente isolada, de um dos conceitos jurídicos indeterminados, passíveis de controle, porque a causa poderá ser submetida a contrastamento.

Esta teoria, que tem apaixonante apoio lógico, devolve ao Judiciário a apreciação de motivos como o do “perigo público”, da “urgência”, da “paz pública” etc., que em nossa tradição jurídica tem cabido à Administração. Entre nós, não pode prosperar a doutrina: a própria legislação já contempla as exceções, isto é, quais as hipóteses em que o Judiciário poderá apreciar a justa aplicação dos conceitos jurídicos indeterminados. Ocorre isto na desapropriação, em que o Judiciário estima o “justo preço”; na cominatória edilícia, em que se determina o estado de “ruína iminente”, e no mandado de segurança, quando o Presidente do Tribunal poderá suspender a execução de liminares apreciando a existência de “grave lesão à ordem, à saúde, à segurança ou à economia públicas”.

Não nos parece, destarte, vantajoso, por maiores méritos lógicos que possa apresentar, importar a doutrina, pelo menos enquanto o Poder Judiciário não dispuser, como é o ideal, de Juizes e Tribunais especializados na matéria do contencioso administrativo.

Quanto ao exame de *atos políticos*, o conferencista, não obstante adotar a distinção, reconhece a difícil caracterização doutrinária de tais atos. Refere-se à antiguidade do esforço para cristalizar uma definição, fracassada no próprio berço — o Conselho de Estado, que evoluiu da *doutrina do móvel* para uma *formulação jurisprudencial taxativa*. Pela doutrina do móvel, ainda sob o influxo do estatismo napoleônico, era ato político aquele que tivesse motivação explícita ou implicitamente política, redundância que muito servia, permitindo ao “Conseil” sair-se sempre bem, auscultados os interesses do Imperador... Posteriormente, já sem peias, desenvolveu-se a teoria jurisprudencial em que se elaborou um *elenco* de atos de governo “à *raison de sa nature*”.

De qualquer forma, ficam como exemplos de atos políticos típicos, senão puros, os que não procedem da Administração como *sujeito*, mas do Chefe do Poder Executivo, como *órgão constitucional de Governo*; são eles: atos de relacionamento internacional e os de relacionamento interconstitucional (entre poderes).

Em consequência, a proteção da *ordem pública*, tida por muitos como característica do ato político, deixa de ter relevância. É um conceito jurídico indeterminado que, como ficou explicado acima, torna o ato praticado, sob consideração de ordem pública, passível de correção jurisdiccional.

Também, como consequência, o uso dos chamados *podêres excepcionais* derivados do *estado de necessidade* fica também sujeito ao controle dos Juizes.

Já por esses dois exemplos, pode-se verificar o perigo de dar-se à “cláusula geral” de competência do Judiciário que, no caso da constituição da República Federativa do Brasil, ainda é mais abrangente que as das Constituições Austríacas e Italiana e da Lei Básica de Bonn, tal amplitude.

Finalmente, a terceira área de imunidade é a dos *atos normativos*. É um amplo campo aspérrimo. É preciso evitar, alerta o conferencista, que a lei seja a “organização do anti-jurídico”. Os sistemas de defesa contra a *lei ilegal* são, na maioria das vezes, deficientes, obrigando o atingido, seja Administração ou administrado, à simples resistência.

O conferencista deixou de lado o problema maior do controle da lei em sentido estrito, sob a forma de ato legislativo ordinário, para enfrentar, apenas, o do regulamento.

A técnica do controle da lei em tese, tem, entre nós, o instrumento da ação direta de declaração de inconstitucionalidade. É das poucas ações de assento constitucional (art. 119, I, letra l), mas devido aos estritos objetivos que informaram seu nascimento, a titularidade do autor continua a ser, apenas, do Procurador-Geral da República.

Com referência ao regulamento, não há profunda distinção nos sistemas em que esta forma de manifestação de vontade de Administração se opõe ao ato administrativo. Entre nós, que admitimos o regulamento como ato *formalmente* administrativo, o controle é *dúplice*. Sua apreciação *in abstracto* poderá se fazer através da ação direta de inconstitucionalidade, e o controle *in concreto* da aplicação ilegal ou inconstitucional poderá ser feito, tanto pela desaplicação (modalidade de resistência), se por

parte da Administração, como pela oposição de mandado de segurança, se por parte do administrado.

Temos, em conclusão, entre nós, ambas as técnicas de oposição ao regulamento ilegal referidas por GARCIA ENTERRIA: a) — a exceção de ilegalidade, que pode ser produzida até mesmo *ex officio*, partindo de que o regulamento tem um *enchainement le plus étroit* e que não pode contrariar a lei nem extravasar seus limites, e b) — o controle abstrato direto, propugnado por ALEXIS TOCQUEVILLE, destinado à verificação em tese da inconstitucionalidade do regulamento.

O controle abstrato no Brasil ainda é deficiente: *primo*, porque só se faz no plano da inconstitucionalidade e, *secundo*, porque seu processo exige a intermediação obrigatória do Procurador-Geral da República.

Um sistema completo deveria dispor de processos de controle de legalidade estrita, por Tribunais federais e estaduais, estendido aos regulamentos, em confronto com os sistemas constitucionais e legais, federais e estaduais, reservando-se, para instância recursal em matéria federal, o Supremo Tribunal Federal, ao mesmo tempo que admitindo a provocação por parte dos Procuradores Gerais que tivessem a representação das pessoas jurídicas de direito público constitucionais e dos Presidentes de corpos legislativos, visando à recíproca fiscalização do Executivo sobre o Legislativo e deste sobre aquele, no que respeita à legalidade em tese de seus respectivos atos normativos.

Esperamos ter deixado patenteada nossa admiração pela inteligência do conferencista e, precisamente, as críticas que nos permitimos opor, foram provocadas pelo brilho com que advogou certas soluções de controle que, como esperamos ter ressaltado, representam uma perigosa quebra na tradição jurídico-administrativa brasileira, com imprevisíveis conseqüências. Não há como negar, não obstante, que a conferência do Professor GARCIA DE ENTERRIA, entre outras lições, deixa-nos preciosas aberturas de perspectivas.

DIOGO DE FIGUEIREDO MOREIRA NETO  
Procurador do Estado

## INSTITUIÇÕES DE EDUCAÇÃO E DE ASSISTÊNCIA SOCIAL. CARACTERIZAÇÃO PARA FINS TRIBUTÁRIOS

Pareceres do DR. LEOPOLDO BRAGA

### 1.º parecer

1. A Mitra Arquidiocesana de São Paulo, representada por D. Paulo Rolim Loureiro, Bispo Auxiliar e Provedor Geral, requer... “a declaração da isenção do imposto de transmissão *causa mortis* que deveria recair sobre os bens com que foi contemplada sob a denominação de Arcebispado de São Paulo, no inventário dos bens deixados por Cláudio Justiniano de Souza (ou Cláudio de Souza), que se processa junto a 3.ª Vara de Órfãos e Cartório do 3.º Ofício dessa cidade” (*sic*).

2. Fundamentando tal pedido, em termos sucintos, declara a entidade requerente que o faz...

“... em base ao preceito constitucional e lei que rege a matéria, juntando certidão do testamento onde se verifica a razão do pedido e o enquadramento do mesmo nos casos em que tem amparo o favor fiscal” (*sic*).

3. Pelo exame da documentação anexa, verifica-se o seguinte:

Em testamento cerrado, na forma do art. 1.638 do Código Civil, lavrado, datado e aprovado em 9 de janeiro de 1952, nesta cidade do Rio de Janeiro, Cláudio de Souza, ou Cláudio Justiniano de Souza, entre outras disposições de última vontade, estipulou legados nos termos abaixo:

“lego ao Arcebispado da Capital de Estado de São Paulo quarenta Obrigações de Guerra do valor nominal de mil cruzeiros cada uma, para com sua renda conferir um prêmio anual ou bienal com o nome “Monsenhor João Alves”... “destinando-se o prêmio ao aluno seminarista que conquistar as melhores notas do ano”.

.....