

“Há, realmente, autores que sustentam que as autarquias gozam dos privilégios que o próprio Estado possui. E, entre êles, BIELSA. Porém é uma opinião autorizada *que não pode se sobrepor à sistemática do direito público brasileiro*. A isenção não se presume, deve resultar, inequivocamente, de texto expresso de lei”.

(*Diário da Justiça*, ap. ao n.º 206, de 9 de setembro de 1957, pág. 2.375).

Não obstante as vacilações jurisprudenciais (a que continua dando causa o já apontado *equivoco*, isto é, o errôneo preconceito da *intributabilidade dos entes públicos*), aqui poderiam ser ainda acumulados inúmeros outros Acórdãos do Supremo Tribunal Federal e do Tribunal Federal de Recursos manifestando orientação idêntica (ver LEOPOLDO BRAGA, *O Problema da Imunidade Fiscal das Autarquias em face do Direito Positivo*, págs. 51 a 55 e 66 a 68) (1).

\*

\* \*

los medios o instrumentos de que, para el desempeño de sus funciones, se vale el Gobierno Nacional”, mas...

“cuando tales medios o instrumentos han sido organizados y elevados a la categoría de *entes autárquicos*, no pueden ni deben ser confundidos con el Gobierno Nacional mismo”.

“La situación... de las... *reparticiones autárquicas*, de ningún modo debe considerarse como la de la Nación misma, ni el régimen que gobierna la propiedad confiada a su administración, ha de entenderse idéntico al de la que permanece en poder del Gobierno Nacional”.

(*Op. cit.*, págs. 340 e 341).

(1) Como paradigma dessa jurisprudência pode ainda ser citado e transcrito o seguinte Acórdão unânime, de 29-9-958, no Rec. Extr. n.º 37.125, em cuja ementa se proclama: — “As autarquias são obrigadas ao pagamento dos impostos estaduais”:

“ACÓRDÃO — Vistos, relatados e discutidos êstes autos de recurso extraordinário n.º 37.125, do Rio Grande do Sul, em que é recorrente o Instituto de Aposentadoria e Pensões dos Bancários e recorrida a Prefeitura Municipal de Pôrto Alegre. Acórdão os Ministros da 1.ª

### Réplica final

Que se argui, porém, em sentido contrário?

O mais perfunctório exame, a que se submetam os reduzidos argumentos dos partidários da exegese *ampliativa*, ape-

Turma do S.T.F., à unanimidade, em conhecer do recurso e lhe negar provimento, nos termos das notas taquigráficas antecedentes.

Rio de Janeiro, 29 de setembro de 1958 — BARROS BARRETO, Presidente. — ARY FRANCO, Relator.

RELATÓRIO: O Sr. Ministro ARY FRANCO — Sr. Presidente, o Tribunal Federal de Recursos, em julgamento procedido pelo Sr. Ministro HENRIQUE D'ÁVILA, decidiu pelo acórdão de fls. 84 o seguinte:

“*Ementa*: — Desde o advento da Constituição Federal de 1946, entrou em desuso ou foi tirado de curso o Decreto-lei n.º 6.016, de 21 de novembro de 1943. — O poder de isentar de tributos é privativo e inerente à entidade de direito público que dispõe da faculdade de impor e exigi-los.

Vistos, relatados e discutidos êstes autos de Apelação Cível n.º 7.719, do Estado do Rio Grande do Sul: Acordam os Ministros do Tribunal Federal de Recursos, em 1.ª Turma, negar provimento ao recurso, por unanimidade de votos, tudo de conformidade com as notas taquigráficas anexas, que ficam fazendo parte integrante dêste. Custas *ex lege*. Rio, 16-10-1956 (data do julgamento). (As.) HENRIQUE D'ÁVILA, Presidente e Relator”.

Não conformado, o I.A.P.B. interpôs recurso extraordinário pelas letras *a* e *d*. O recurso foi arazoado e contra-arazoado. Nesta superior instância a douta Procuradoria Geral da República manifestou-se pelo conhecimento e provimento do recurso, a fls. 133. É o relatório.

VOTO — Conheço do recurso pela letra *d*, em face de estar comprovado o dissídio jurisprudencial, mas nego-lhe provimento. Entendo que o Tribunal Federal de Recursos bem se houve quando acompanhou o voto do Relator, Sr. Ministro HENRIQUE D'ÁVILA, nestes termos: — “Nego provimento ao recurso, para manter a decisão recorrida, por seus exatos e jurídicos fundamentos. O M.M. Julgador *a quo* exauriu o assunto, apreciando-o longa e eruditamente, no sentido de evidenciar que o Decreto-lei n.º 6.016 não mais vigora, foi tirado de curso, com o advento da Constituição de 1946, por isto que não é possível admitir-se possa a União Federal aliviar de impostos estaduais ou municipais os Institutos de Previdência, dado que só pode isentar o Poder que tem capacidade para tributar. Ora, se o tributo em causa não é da alçada da União, é evidente que não pode ela sôbre êle dispor”.

DECISÃO — Como consta da ata, a decisão foi a seguinte: *Conheceram do Recurso e lhe negaram provimento, por decisão unânime*. — Impedido o Exmo. Sr. Ministro HENRIQUE D'ÁVILA, substituto do Exmo. Sr. Ministro NÉLSON HUNGRIA, que se acha em exercício do Tribunal Superior Eleitoral. Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Ministros ARY FRANCO (Relator), CÂNDIDO MOTTA FILHO, LUIZ GALOTTI e BARROS BARRETO, Presidente da Turma”.

(*Diário da Justiça*, ap. ao n.º 198, de 31 de agosto de 1959, pág. 3.007).

nas patenteia a fragilidade e inconsistência dêles, como se passa a demonstrar:

A) — O primeiro e mais vulgarizado argumento consiste na alegação de que as *autarquias*, conquanto órgãos administrativamente descentralizados, personificados e autônomos, desempenham autênticos “*serviços públicos*”, da mesma natureza, portanto, dos que são exercidos pelo Poder Público por via da administração direta e centralizada. O argumento seria operante e decisivo se a Constituição houvesse estabelecido a *imunidade tributária* com o caráter genérico e impessoal de *imunidade objetiva* (*verbi gratia*, a da alínea “c” do inciso V ao mesmo art. 31, relativa ao *papel* destinado exclusivamente à impressão de jornais, periódicos e livros), tal como se preceituasse, por exemplo, ficarem imunes a impostos “os bens *rendas e serviços públicos*”. Mas, a verdade é que a franquia máxima foi, ali, instituída com o caráter de *imunidade subjetiva, pessoal*, como bem observou PONTES DE MIRANDA, precisamente porque destinada, não a isentar atos, fatos, coisas, relações ou situações especiais, em determinadas circunstâncias, mas a *privilegiar* — por uma particular consideração de ordem política acêrca da qualidade dos sujeitos — certas e determinadas pessoas investidas, *originariamente*, de Poder Público (poder político, poder de autoridade pública, ou de império, emanado diretamente da Constituição), ou sejam, nomeadamente, aquelas “*pessoas de direito constitucional*” ou “*entidades políticas*” expressamente designadas no texto como destinatárias da excepcional prerrogativa — a *União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios*, — em termos de reciprocidade, relativamente aos seus respectivos bens, rendas e serviços.

O ilustre Prof. BILAC PINTO, após explicitar que, doutrinariamente, as isenções são classificadas em *subjetivas* (ou *pessoais*) e *objetivas* (ou *reais*), preleciona:

“As *subjetivas*, ou *pessoais*, são aquelas que têm como causa uma particular consideração do *sujeito do imposto* e, por isso mesmo, são *aplicáveis somente à própria pessoa do beneficiário*. Constituem,

assim, *exceções à regra da generalidade dos tributos*, que é hoje dominante em todos os Estados modernos. São elas instituídas, relativamente a um ou mais impostos, somente por motivos de ordem política ou econômica”.

.....  
“As isenções *objetivas* ou *reais* são aquelas que se referem somente ao *elemento fático* ou *objetivo* do pressuposto, isto é, são as que excluem do ônus fiscal certos fatos da natureza ou de conseqüências econômicas, *sem se preocupar com a pessoa física ou jurídica que venha a ser sua beneficiária*”.  
(*Estudos de Direito Público*, Rio de Janeiro, 1953, págs. 67 a 68).

Também o insigne mestre GIANNINI, ao tratar das franquias fiscais *subjetivas* (em contraste com as *objetivas*), dá realce à característica, que lhes é inerente e precípua, de **NÃO SEREM APLICÁVEIS A OUTRAS PESSOAS, ALÉM DOS PRÓPRIOS SUJEITOS MENCIONADOS COMO SEUS TITULARES OU BENEFICIÁRIOS**, — ainda que estejam ou venham a estar também em relação com o pressuposto de fato:

“Queste esenzioni, poi, si dicono *soggettive*, in quanto sono determinate da una particolare considerazione del soggetto dell'imposta e sono quindi applicabili soltanto al medesimo, non ad altre persone, che siano o vengano in relazione col presupposto di fatto”.  
(A. D. GIANNINI, *Il Rapporto Giuridico d'Imposta*, pág. 108).

Destarte, se a imunidade tributária recíproca (que equivale a uma isenção geral *constitucionalizada*) não foi dada visando, *objetivamente*, a coisas ou fatos (*bens públicos, rendas públicas, serviços públicos*, em geral), mas, sim, considerando, *subjetivamente*, certas e determinadas pessoas públicas (as “*pessoas constitucionais*” ou “*políticas*”), relativamente a seus bens, suas rendas e seus serviços, não é possível incluir no gozo do privilégio outras pessoas (além das nomeadas como suas

destinatárias), ou sejam as “*peçoas de direito administrativo*” denominadas *autarquias*, que, além da personalidade própria e distinta, possuem bens próprios, rendas próprias e serviços próprios, geridos e administrados com autonomia e auto-suficiência econômica e financeira.

Acrescente-se a isso a consideração de que, por outro lado, a idéia de *serviço público* não exclui, necessariamente, a de *tributação passiva*, nem é com ela incompatível, conforme já ficou exaustivamente demonstrado neste trabalho, com apoio em autoridades do porte científico de LAUFENBURGER, TROTAS, GANGEMI, GIANNINI, DEBEYRE, ZANOBINI, ZAVALA, etc., certo, como é, que os entes públicos, em geral, podem — a bem dizer, em toda parte — ser *sujeitos passivos da relação jurídica de impôsto*, mui especialmente os chamados *entes públicos menores (peçoas de direito administrativo)*, ou sejam os organismos e serviços descentralizados da Administração pública, com personalidade própria e regime patrimonial, econômico e financeiro diferenciado e autônomo (1). Até entre nós, em face mesmo da legislação brasileira, “*os serviços do Estado podem estar sujeitos a tributação*” (*sic*); “*sobre os órgãos centralizados do Estado pode incidir a tributação*” (*sic*); “*há serviços públicos sujeitos a contribuições fiscais*” (*sic*) (SÁ FILHO, *Estudos de Direito Fiscal*, págs. 21 e 22, e *Pareceres de 1941 — Procuradoria Geral da Fazenda Pública*, pág. 132; e, no mesmo sentido, PHILADELPHO AZEVEDO, *Um Triênio de Judicatura*, vol. VII, pág. 46; ALIOMAR BALEEIRO,

(1) Em parecer jurídico no qual demonstra que os bens de instituto autárquico federal são passíveis de *tributação local*, não obstante exercerem tais entes, por delegação do Estado, serviço público, escreve PAULO CARNEIRO MAIA:

“A delegação dêsse serviço, porém, não acarreta, necessariamente, imunidades fiscais absolutas, porque a autarquia possui patrimônio próprio e o imóvel tributado não tem destinação ao serviço delegado”.

.....|  
“Traga-se registrado, ademais, que os preceitos de *imunidade e de isenção tributária interpretam-se estritamente...*” (Revista de Direito Administrativo, vol. 47, págs. 482, 483 e 486).

*Alguns andaimes da Constituição*, pág. 45, nota 22, e *Limitações Constitucionais ao Poder de Tributar*, págs. 86-87).

B) — Na impossibilidade de demolir a objeção consistente no princípio, geralmente reconhecido e aceito, de que as franquias fiscais não podem ser interpretadas ampliativa ou extensivamente, mas são suscetíveis apenas de exegese *restritiva*, ou, pelo menos, *estrita* — “*ut verba sonant*” —, procurou-se contornar, flanquear o obstáculo irremovível, com um argumento engenhoso mas essencialmente sofisticado. Sustenta-se que os critérios interpretativos devem diferir, conforme se trate de *imunidade* ou de simples *isenção* fiscal. Assim, em se tratando de simples *isenção*, seria de rigor a *exegese estrita*, por constituir a exoneração, nesse caso, mera *dispensa* do pagamento do impôsto e, pois, um “*favor*” assegurado em lei. Não, porém, em se tratando de *imunidade*, porque esta não constitui *favor*, antes implica um direito supra-legal, uma prerrogativa haurida da própria Constituição, importando, assim, limitação à competência impositiva do poder público em todas as esferas tributárias.

Esse argumento, se não inventado, ao menos hábilmente desenvolvido por DINO JARACH (*op. cit.*, págs. 152 a 155), foi assim exposto, entre nós, com a precisão e elegância de estilo que lhe são peculiares, pelo ilustre Prof. GILBERTO DE ULHÔA CANTO:

“Deve-se pôr em relêvo a diferença substancial que há entre isenção e imunidade. Aquela consiste na dispensa de um tributo, pelo órgão que poderia em condições normais exigi-lo. Esta, ao contrário, corresponde a uma limitação posta à própria competência, a uma restrição ao exercício mesmo da capacidade tributária ativa...”.

.....  
“É por fôrça dessa diferença, que nos parece essencial estabelecer uma distinção entre as regras de hermenêutica aplicáveis, no deslinde dos problemas da isenção e da imunidade. Tem prevalecido, com referência àquela, a tese de que se interpretam es-

trita, e até mesmo restritivamente, as disposições legais que a estabelecem. E, com perfeito rigor, de vez que, sendo a isenção um *favor* assegurado, é claro, com um objetivo superior, mas sempre um *favor*, não se há de presumi-lo além dos limites que defluem da própria maneira por que se o outorgou.

Entretanto, o mesmo não se passa com a imunidade, notadamente a chamada “recíproca dos entes públicos” (1). O fundamento básico dessa regra, que torna imanentes os órgãos estatais, aos tributos, uns dos outros, é de índole política, e se traduz pela necessidade de evitar interferências e discriminações em desfavor de órgãos aos quais o sistema estatal brasileiro quis reconhecer e assegurar autonomia. Assim, não se justifica o recurso ao mesmo método interpretativo que vale para as regras que outorgam isenções, quando se cogite de *imunidade*”.

(*Temas de Direito Tributário*, Rio de Janeiro, 1955, págs. 310-311).

Como se vê, o que se pretende, *a contrario sensu*, é que, em se tratando de *imunidade*, e porque aí não existe “*favor*”, será lícito “*presumir-se*” o privilégio “*além dos limites que defluem da própria maneira por que se outorgou*”.

Parece-nos, *data venia*, que a questão não está posta nos seus devidos termos.

Em verdade, não é somente a consideração de implicar “*favor*” a franquia fiscal, que determina a aplicação da *exegese estrita*. A regra não se exaure na configuração dêsse pressuposto. Aí se apresenta, apenas, *um dos aspectos* em que ela se impõe ao intérprete ou ao aplicador, mas que não exclui

(1) O pressuposto é, *data venia*, inexacto, ou, pelo menos, impreciso, na indeterminação de sua amplitude. E justamente aí se planta, se enraíza um dos *equivocos* que vimos apontando. Em nosso direito constitucional *positivo* não há uma “*imunidade recíproca dos entes públicos*” (o que, de resto, tornaria, muitas vezes, impossível e sem sentido a *reciprocidade*, pela própria diversidade de categorias entre êles), mas, sim, apenas, uma imunidade recíproca *de certos e determinados entes públicos*, quais sejam, especificamente, as *pessoas de direito constitucional* ou *entidades políticas*: — *União, Estados, Distrito Federal, Municípios*.

aspectos outros, igualmente ponderáveis para igual efeito. Quando se diz que a *exegese estrita* é de rigor hermenêutico na hipótese da imunidade tributária preceituada no art. 31, V, “*a*”, da Carta Magna, não é porque alguém pretenda, ou suponha, incorrendo em erro palmar, a existência, ali, de um “*favor*” fiscal; mas, sim, porque, mesmo sem êsse caráter, a norma é, típica e irrecusavelmente, *de direito excepcional*, e as normas dessa espécie, como se sabe, não admitem inteligência ampliativa ou liberal, senão apenas interpretação rígida, rigorosa, *estrítíssima*, vale dizer, sem possibilidade de extensão a pessoas, coisas, casos ou situações não expressamente indicados ou previstos no texto (CARLOS MAXIMILIANO, *Hermenêutica*, n.º 272, pág. 274; CASSO ROMERO e JIMÉNEZ-ALFARO, *Diccionario de Derecho Privado*, Barcelona, 1950, tomo II, pág. 2.378; AFFONSO PENNA JUNIOR, *op. cit.*, pág. 44; THEMISTOCLES CALVANTI, *Pareceres do Consultor Geral da República*, 1946, pág. 193; LINARES QUINTANA, *op. cit.*, pág. 93, etc.). Isto pôsto, vejamos:

1) — A aludida *imunidade* é norma *de direito excepcional*, por sua natureza mesma de *exceção à regra geral da universalidade do impôsto*, — dominante não só no direito brasileiro, mas em tôdas as ordenações jurídicas do mundo moderno.

As Constituições são leis gerais e complexas, que soem acolher em seus textos matérias pertencentes aos diversos campos da ciência jurídica, tais como o direito civil, o direito comercial, o direito penal, o direito obreiro, o direito administrativo, o direito tributário, etc., sem lhes alterar a originária natureza intrínseca, o particular conteúdo substancial, a categoria, a índole, a feição característica de cada qual. Por isto mesmo, os variados institutos do direito não se desnaturam quando *constitucionalizados*. Os princípios, conceitos e regras, que lhes são inerentes ou peculiares, vinculados à sua estrutura, à sua etiologia, ao seu fundamento filosófico, jurídico ou econômico, ao seu fim social, à sua dinâmica, à interpretação e

à boa aplicação de suas normas, não se corrompem nem cessam de vigor quando transplantados tais institutos para o terreno constitucional.

Ora, sendo, como é, aqui e em tôda parte, a grande regra, a regra mestra, a regra fundamental, no plano jurídico tributário, a da *generalidade* ou *universalidade do impôsto*, daí se segue, necessariamente, que qualquer preceito — legal ou constitucional — que lhe faça brecha, que lhe abra ressalvas, com o estabelecer franquias tributárias (quer se trate de simples *isenção*, quer de *imunidade*), criando, assim, situações especiais ou privilegiadas em benefício ou consideração de certas e determinadas pessoas (privadas ou públicas, não importa), constitui *exceção* àquela *regra geral* e, pois, configura matéria de *direito excepcional*. Maximé quando essa regra se relaciona intimamente com o princípio de *isonomia*, que a própria Constituição estabeleceu como postulado básico, fundamental, de todo o nosso sistema jurídico.

ROBERTO TAMAGNO, não obstante entender que concorrem para justificar a isenção do Estado tanto motivos políticos, como sociais e econômicos, pondera, entretanto:

“Como se trata de derogaciones a *principios generales de la imposición*, a) debe ser *expresa*; b) la *interpretación* debe ser *strictissimi juris*” ... “d) *no hay persona alguna totalmente exenta de tributos*”. (Op. cit., pág. 169).

CARLOS MAXIMILIANO conceitua as *disposições excepcionais* como sendo aquelas que “*introduzem exceções, de qualquer natureza, a regras gerais*”, que são “*disposições derogatórias do direito comum*”, as quais, “*por isso, não se estendem além dos casos e tempos que designam expressamente*”. E, ao tratar particularmente da *disposição excepcional em matéria tributária*, adverte:

“Não se presume o intuito de abrir mão de direitos inerentes à autoridade suprema. A outorga deve ser

feita em termos claros, irretorquíveis; ficar provada até à evidência, e *se não estender além das hipóteses figuradas no texto*”.

2) — A referida *imunidade* é, outrossim, norma de *direito excepcional*, porque *institui privilégio*. Como bem mostra VICENTE RAO (op. cit., tomo I, pág. 235), a norma pode ser *excepcional*, em relação ao direito comum, e não instituir *privilégio*. No caso, a cláusula constitucional, sob análise, estabeleceu *privilégio fiscal*, em resguardo às *pessoas políticas* por ela expressamente nomeadas. Não é possível negar à imunidade tributária recíproca o caráter de “*privilégio*”. Assim a conceituaram ou denominaram juristas dos mais notáveis entre nós (CASTRO NUNES, *Da Fazenda Pública em Juízo*, págs. 463 e 464; SÁ FILHO, *Estudos de Direito Fiscal*, pág. 560; THEMISTOCLES CAVALCANTI, *Tratado de Direito Administrativo*, 2.<sup>a</sup> ed., vol. IV, págs. 408 e 409; FRANCISCO CAMPOS, citado parecer referente à Confederação Brasileira de Desportos, op. cit., pág. 417; LÚCIO BITTENCOURT, *Revista de Direito Administrativo*, vol. II, fasc. II, págs. 914, 915 e 916, etc., além do que, a respeito, está expresso em inúmeros arestos, inclusive do Supremo Tribunal Federal). Mas, não haveria, no caso, testemunho melhor do que o do ilustre Prof. RUBENS GOMES DE SOUSA:

“*Imunidade é o privilégio, por força do qual a entidade, à qual seja conferido, fica subtraída ao poder impositivo do Governo*”. (Revista Forense, vol. 181, pág. 8, e Revista de Direito Administrativo, vol. 54, págs. 474 e 485).

Ora, todo *privilégio* é, por natureza e por definição, matéria de *direito excepcional*. CARLOS MAXIMILIANO professa:

“*Consideram-se excepcionais as disposições que asseguram privilégio*”. (Op. cit., n.º 278, pág. 280).

E, exemplificando, entre elas inclui as que instituem

“*franquias, benefícios e outras vantagens especiais concedidas a indivíduos ou corporações*”. (*Ibidem*).

Mais ainda: todo *privilégio* é de interpretação *restritiva*, conscante o velho e universal princípio — “*Privilegia sunt stricti juris, nec extenduntur*”. Precisamente em tema de *imunidade fiscal*, escreve BIELSA que “*toda exención o privilegio es de interpretación restrictiva*” (*Estudios de Derecho Público — Derecho Fiscal*, pág. 123). ROBERTO DE RUGGIERO, apesar de sua tendência liberal na interpretação das leis, não concede margem à exegese extensiva de disposições que envolvam *privilégio*, e recorda, aliás, que já no velho Direito Romano...

“*el privilegium era disciplina de una relación determinada y concreta, por lo que valía únicamente para la relación especialíssima prevista en él y no para otras idénticas o semejantes*”.  
(*Instituciones de Derecho Civil*, trad., espanhola da 4.<sup>a</sup> ed. italiana, por S. Suñer e S. C. Tejeiro, vol. I, tomo 1.<sup>o</sup>, págs. 59-60).

3) — A sobredita *imunidade*, finalmente, é, ainda, norma de *direito excepcional* porque importa *limitação* ou *restrição* ao *poder soberano de tributar*. Com efeito, já o velho JOÃO BARBALHO, em seus comentários à Constituição de 91, salientava que “*o poder de decretar impostos é inerente à soberania*” (*Constituição Federal Brasileira*, pág. 28). “*O poder de tributar é soberano*”, repete, a seu turno, CARLOS MAXIMILIANO (*op. cit.*, n.<sup>o</sup> 282, pág. 281), e, com êle, todos os estudiosos do assunto. Ora, o que se lê em PONTES DE MIRANDA é que “*a imunidade é limitação constitucional à competência para editar regras jurídicas de imposição*” (*Comentários*, tomo II, pág. 288); o que afirma RUBENS GOMES DE SOUSA é que ela “*configura uma limitação ao poder de tributar*” (*cit. parecer, Revista Forense*, vol. 181, pág. 83); o que ensina ALIOMAR BALLEIRO é que a mesma se inclui entre aquêles dispositivos cons-

titucionais que “*operam como limitações ao poder de tributar*” e que “*as limitações constitucionais ao poder de tributar funcionam por meio de imunidades fiscais...*” (*Uma Introdução à Ciência das Finanças*, vol. II, págs. 410 e 419). E, em concerto com tão autorizados subsídios, também nos diz ULHÔA CANTO, como vimos no transcrito excerpto de seu prestimoso livro, que a imunidade “*corresponde a uma limitação posta à própria competência, a uma restrição ao exercício mesmo da capacidade tributária ativa*” (*sic*). Pois bem: tôda norma restritiva de liberdade ou de capacidade, tôda limitação de poder legítimo constitui, indubitavelmente, matéria de *direito excepcional* e é, por isso, e, mais que isso, por seu próprio caráter coarctivo, objeto de interpretação *restritiva* (“*odiosa restringenda*”), ou, pelo menos, *estritíssima*. Diga-o, mais uma vez, o maior mestre da hermenêutica jurídica no Brasil — CARLOS MAXIMILIANO:

“*As disposições proibitivas ou limitativas do exercício do direito de tributar interpretam-se estritamente*”.  
(*Comentários*, tomo I, n.<sup>o</sup> 251, págs. 385-386).

“*Interpretam-se estritamente as limitações gerais ao direito de tributar, bem como as isenções particulares. Em regra, a prerrogativa governamental de exigir contribuições para as despesas públicas é exercida de modo geral e absoluto, estendendo-se ao conjunto das pessoas e bens dentro da jurisdição do poder que decreta o ônus; tôdas as presunções militam a favor do uso efetivo da faculdade ilimitada de tributar. As exceções devem ser expressas em lei com a maior clareza...*”.  
(*Ibidem*, n.<sup>o</sup> 174, pág. 274).

Acrescente-se, neste passo, que o *poder tributário* e, pois, a competência impositiva das entidades políticas (União, Estados, Distrito Federal, Municípios) resultam de *princípios gerais estabelecidos e firmados pela própria Constituição*. Fale, então, ainda, MAXIMILIANO:

“Interpretam-se estritamente os dispositivos que instituem exceções às regras gerais firmadas pela Constituição. Assim se entendem os que favorecem algumas profissões, classes ou indivíduos, excluem outros, estabelecem incompatibilidades, *asseguram prerrogativas*, autorizam a conceder perdão, ou anistia, *restringem a competência para lançar taxas, impostos*, ou quaisquer outros encargos...”  
(*Ibidem*, n.º 82, pág. 140).

\* \* \*

Nem sequer se justificaria, em boa hermenêutica, a pretensa inclusão das *autarquias* (*peças de direito administrativo*) no privilégio da *imunidade* (expressamente outorgado às *peças de direito constitucional*), a pretexto ou sob color de simples *interpretação extensiva* “*por força de compreensão*” — válvula de que se socorrem, freqüentemente, os fabricantes de interpretações elásticas, — pois tal processo apenas se presta à função de declarar exatamente o pensamento contido na norma (*mens legis*), quando se torna *evidente*, segundo o conceito de DONELLUS, que as palavras da lei exprimiram menos do que se quis exprimir (“*lex minus scripsit quam voluit*”), isto é, que o legislador disse menos do que pensava e desejava dizer (“*minus dixit quam voluit*”), cabendo, pois, tão só, para explicitar “uma idéia já virtualmente abrangida nas próprias palavras da lei”, “aquilo que, sem possibilidade de razoável dúvida, já se acha natural, lógica e necessariamente compreendido no objeto da norma”, ou seja quando, na expressão de FILOMUSI-GUELFU, “*si riconosce che la norma si contiene espressa nella legge, ma che solo le parole non ne adeguano l'estensione*” (*Enciclopédia Giuridica*, 6.ª ed., Nápoles, 1910, pág. 149). Para tanto se faz mister que o intérprete seja irresistivelmente levado a concluir que o integral pensamento da lei *não podia ser outro* senão aquêlo que se julga o adequado ao seu exato e perfeito entendimento.

Ora, para *excluir* o convencimento, a certeza de que, no caso em tela, uma idéia estaria, lógica, natural e necessaria-

mente *compreendida* na outra, isto é, que no pensamento de imunizar as *peças políticas*, expressamente mencionadas, estaria inelutavelmente contido o de imunizar também as *peças autárquicas*, militam, em contrário, sobrelevantes razões de fato e de direito, como sejam: *a)* o próprio (e até hoje irredutível) debate doutrinário e jurisprudencial que, através de tantos anos, e desde a vigência de Constituições anteriores, se vinha travando, no país, acêrca da possibilidade de inclusão das autarquias na imunidade outorgada nomeadamente à União, aos Estados, Distrito Federal e Municípios; *b)* a existência, entre nós, de tantas e tão valiosas opiniões jurídicas infensas à tese extensiva e, também, de um grande número de acórdãos dos Tribunais, inclusive e principalmente do Tribunal Federal de Recursos e do Supremo Tribunal Federal, declarando e decidindo *não ser o privilégio fiscal daquelas peças de direito constitucional comunicável aos entes autárquicos*; *c)* a importante consideração de que nos principais ordenamentos jurídicos e legislativos estrangeiros — conforme já demonstrado — domina o princípio geral da *tributabilidade dos entes paraestatais e autárquicos* (estabelecimentos públicos, patrimônios estatais personificados e serviços descentralizados e financeiramente autônomos, em geral), evidenciando-se, destarte, que não constitui uma *doutrina jurídica* assente e consagrada a da identificação de tais entes menores ao próprio Estado, para o gozo de prerrogativas inerentes ao poder soberano; *d)* o fato mesmo de que no próprio processo legislativo de elaboração do texto constitucional em análise as duas correntes opinativas adversas se manifestaram, infrutiferamente, através de proposições antagônicas — favorável e contrária à inclusão das autarquias no privilégio tributário (emendas ns. 1.667 e 1.918, rejeitadas ambas pela Subcomissão de Discriminação de Rendias), — tendo sido o assunto apreciado e decidido por escassas minorias sob a influência de isoladas opiniões e pontos de vista individuais, sem que fôsse dado ensejo a uma autêntica manifestação do plenário constituinte; *e)* os múltiplos e reiterados pronunciamentos da jurisprudência administrativa da União, da Consultoria

Geral da República, do Ministério Público federal (vários pareceres da Subprocuradoria e da Procuradoria Geral da República); bem assim os numerosos julgados do Tribunal Federal de Recursos e do Supremo Tribunal Federal considerando as autarquias *excluídas do gozo de outros privilégios e franquias estatais reconhecidos à Fazenda Pública*, a não ser em virtude de *leis especiais*, que lh'os tornassem extensivos, — e muitas foram as leis especiais efetivamente advindas com essa finalidade.

Nada autoriza, portanto, como se vê, a pretender-se que o pensamento naturalmente contido nas palavras da lei, quando imuniza, *particularizando, nomeadamente, taxativamente*, as *pessoas políticas* — União, Estados, Distrito Federal, Municípios, — *é, e não poderia ser outro*, senão o de abranger no privilégio *outras pessoas* (entes públicos menores), além das que foram *enumeradas* como suas destinatárias.

Situado o problema no seu plano *próprio* — o do direito constitucional *positivo*, — não é, racionalmente, possível, em face de tais e tantos elementos, concluir-se, por via de qualquer processo exegético, que na imunidade recíproca das *pessoas políticas* enumeradas no texto constitucional esteja *implícita* a das *autarquias*, isto é, que no pensamento que presidiu à expressa designação daquelas *pessoas de direito constitucional* — União, Estados, Distrito Federal, Municípios — como sendo as autênticas *destinatárias* do excepcionalíssimo privilégio fiscal, outorgado na alínea “a” do inciso V ao art. 31, esteja *necessariamente compreendida, subentendida* ou *implícita* a idéia de *comunicabilidade* de tal prerrogativa a *outras pessoas* — *pessoas de direito administrativo* — descentralizadas da administração geral e direta, constituídas em *entes autárquicos*, com autonomia administrativa e patrimonial e vida financeira própria, sejam quais forem as razões *teóricas* — de ordem *doutrinária* ou de cunho puramente *análogo* — que se possam invocar por pretensas justificativas dessa *ampliação*, a que, como vimos, não socorrem “nem a letra nem o espírito da lei”, tal qual demonstrou CASTRO NU-

NES com base na própria evolução constitucional do instituto em sentido *restritivo*, nem a hermenêutica jurídica, nem os princípios gerais de direito aplicáveis à espécie, nem o panorama do direito comparado...

Difícil é, por isto mesmo, conceber-se como pôde o Supremo Tribunal Federal, olvidando tantas de suas decisões juridicamente corretas e, muitas vêzes, unânimes, sobre o tema, das quais são exemplos edificantes as que citamos nesta e noutras publicações anteriores, apartar-se daquela diretriz, que, aliás, assinala os rumos do moderno direito tributário em toda parte do mundo culto, para, em lamentável retrocesso, inserir na *Súmula* de sua jurisprudência o entendimento de que “a imunidade das autarquias, *implicitamente contida* no art. 31, V, a, da Constituição Federal, abrange tributos estaduais e municipais” (*Súmula*, vol. I, 1946, n. 73, pág. 57). E, pior que isso, indicando como primeira referência o *finado e inconstitucionalíssimo* Decreto-lei n.º 6.016, de 1943, que êle mesmo, reiteradamente, já reconheceu *não mais vigorar*, estar *fora de curso* desde o advento da Constituição de 1946...

\* \* \*

C) — Tampouco o apêlo aos “*trabalhos preparatórios*” da Constituição poderia considerar-se idôneo ao convencimento da pretendida *extensão*, porquanto: a) ocorreu, como já foi dito, no seio da Assembléia Constituinte, a manifestação de *ambas* as tendências ou correntes doutrinárias, através de duas emendas antagônicas rejeitadas pela Subcomissão de Discriminação de Rendas (composta de reduzido número de deputados) e sobre cujo mérito não houve ensejo ao veredicto da maioria dos Representantes, de modo a traduzir o pensamento dominante no consenso geral dos constituintes (1); b) à tarefa interpretativa com base nos tra-

(1) “Por outro lado, as autarquias foram deliberadamente *excluídas* do âmbito da concessão. Ingentes esforços se fizeram no Congresso Constituinte para alargar àquelas enti-

balhos preparatórios, vale dizer, na elaboração legislativa, se opõe, hoje, vitoriosamente, em todo o mundo, a “doutrina do método evolutivo”, segundo a qual a “mens legis” independe da “mens legislatoris”, pôsto que “a lei, uma vez formulada, se destaca do legislador e vive uma vida própria e autônoma como vontade do Estado objetivada no preceito legislativo” (EZIO VANONI, *Natureza e Interpretação das Leis Tributárias*, trad. de Rubens Gomes de Sousa, págs. 186-187; ROBERTO DE RUGGIERO, *Instituciones de Derecho Civil*, trad. esp. da 4.<sup>a</sup> ed. ital., Editorial Reus, S/A. Madri, vol. 1.<sup>o</sup>, § 17, pág. 142; — FRANCESCO FERRARA, *Interpretação e Aplicação das Leis*, trad. bras., São Paulo, 1940, pág. 29; — FRANÇOIS GENY, *Méthode d'Interprétation et Sources en Droit Positif*, vol. 1.<sup>o</sup>, n.<sup>o</sup> 104; — HENRI CAPITANT, *Les Travaux Préparatoires et l'Interprétation des Lois*, in *Recueil d'Études sur les Sources du Droit, en l'Honneur de François Geny*, vol. 2.<sup>o</sup>, págs. 214 a 216; — VICENTE RAO, *O Direito e a Vida dos Direitos*, vol. 2.<sup>o</sup>, págs. 587-588, texto e nota 431; e) finalmente, a desvalia dos trabalhos preparatórios na função interpretativa das leis é, hoje, um princípio assente e universal de hermenêutica jurídica, a ponto de na Inglaterra ser até proibido aos Juizes o emprêgo de tal meio para aclarar o sentido de um texto legal (PLANIOL, RIPERT e BOULANGER, *Traité élémentaire de Droit Civil*, 5.<sup>a</sup> ed., vol. 1.<sup>o</sup>, pág. 69 (1); — PACIFICI-MAZZONI, *Istituzioni di Diritto Civile*,

dades a prodigalidade, mas a reação foi imediata e as respectivas emendas foram derrubadas”.

(Do voto vencedor do Ministro MOURÃO RUSSEL (relator) no Acórdão do Tribunal Federal de Recursos de 24 de setembro de 1954, no Agravo em Mandado de Segurança n.<sup>o</sup> 3.352, in *Revista de Direito Administrativo*, vol. 47, pág. 162).

- (1) “Ensuite les discussions, surtout dans une assemblée un peu nombreuse, reflètent souvent des opinions individuelles, en contradiction avec la pensée vraie de la loi. Aussi est-ce une remarque souvent faite que les travaux préparatoires fournissent des armes à tous les partis et que les diverses opinions en présence y trouvent des arguments qui s'annulent réciproquement”.

.....  
 “. . . la force juridique est attachée au commandement du législateur et non à sa pensée ou à son dessein”.

vol. 1.<sup>o</sup>, L.<sup>o</sup> I, tit. II, cap. II, seções I e II, nota a; — BAUDRY-LACANTINERIE e HOUQUES-FOURCADE, *Trattato teorico-pratico di Diritto Civile — Delle Persone*, ed. italiana de Vallardi, Milão, vol. 1.<sup>o</sup>, pág. 216; — PHILIPP HECK, *Interpretação da Lei e Jurisprudência dos Interesses*, trad. do Dr. José Osório, São Paulo, 1948, págs. 7 a 8; — GARCÍA MÁYNEZ, *op. cit.*, págs. 347-348; — COOLEY, *A Treatise on the Constitutional Limitations*, pág. 110; — BLACK, *Construction and Interpretation of the Laws*, pág. 315; — MAXWELL, *The Interpretation of Statutes*, pág. 4; — DEGNY, *Interpretazione della Legge*, n.<sup>o</sup> 121, etc.).

Valha, mais uma vez, a lição de FRANCISCO CAMPOS:

“Dada a constituição do corpo legislativo, impossível se torna, a não ser em casos excepcionais, apurar, fora dos termos da lei, qual foi a real intenção do legislador. A formação da lei, com efeito, cooeraram várias vontades, não se podendo, honestamente, distinguir, nas manifestações dessas vontades que convergem para um mesmo resultado prático, um motivo único ou uma única intenção, tanto mais quanto a maioria das pessoas que participam da função legislativa se limita a votar o texto do projeto, sem enunciar qualquer declaração relativamente ao alcance ou significação dos seus termos. Os chamados *antecedentes históricos* da lei se resumem no pronunciamento de *alguns dos membros do corpo legislativo*, não nos sendo lícito, a não ser por indução aventurosa e de caráter puramente conjectural, atribuir àqueles pronunciamentos individuais o valor de uma manifestação da entidade coletiva — *legislador*.”

Assim sendo, função de intérprete não nos parece ser a de investigar a intenção do legislador, o que, dada a moderna organização do poder legislativo, seria uma tarefa, na maioria dos casos, destituída de sentido, mas a inteligência da lei, *tal como resulta dos seus termos*. — *Mens legis*, não *mens legislatoris*

.....  
 “En Angleterre, il est même défendu de se servir des travaux préparatoires pour dégager le sens d'une loi”.  
 (PLANIOL, RIPERT et BOULANGER, *op. cit.*, tomo I, pág. 69)

(FERRARA, *Trattato di Diritto Civile Italiano*, vol. I, § 54).

O que, por meio da palavra, não penetrou no texto da lei, não se tornou lei, permanecendo simples tentativa destituída de força jurídica (KÖHLER, *Lehrbuch des bürgerlichen Rechts*, § 20)" (1).

(Direito Administrativo, 1958, vol. I, pág. 344).

CARLOS MAXIMILIANO qualifica de "rematado absurdo" atribuir-se o valor de *interpretação autêntica* aos chamados trabalhos *preparatórios*; e, salientando que a "teoria da vontade, o processo psicológico, a *mens legislatoris*, cedeu a primazia ao sistema das normas objetivadas", aduz que "o conteúdo da lei é independente do que pretendeu o seu autor" (*Hermenêutica*, 3.<sup>a</sup> ed., págs. 176 e 178). E diz, mais:

"Como pondera COOLEY, cada membro da grande corporação agia sob o impulso de motivos e razões que influíam nele pessoalmente; mas moções e debates não indicam o propósito da maioria de um parlamento ao adotar uma cláusula particular. É bem possível haverem alguns congressistas aceitado um dispositivo por uma razão, outros por outra, e terem, aliás, todos achado que, tal como foi redigido, satisfazia às suas aspirações. Ainda mesmo que se apurasse, com segurança, o intuito dos constituintes, êste não prevaleceria contra a letra expressa da lei".

(CARLOS MAXIMILIANO, *Comentários*, 5.<sup>a</sup> ed., tomo I, pág. 131).

Como se vê, ainda que fôsse possível apurar, estabelecer seguramente qual tenha sido o pensamento ou o desejo do legis-

(1) Em seu citado *Lehrbuch des bürgerlichen Rechts* explica o eminente KÖHLER que

"interpretar não é procurar o sentido e a significação do que alguém *quis dizer*, mas do que *foi dito*, não se devendo buscar acomodar a lei, interpretando-a, com o pensamento e a vontade do legislador, mas entendê-la, sociologicamente, como produção do grupo social, de que o legislador se fêz órgão". (*Op. e loc. cit.*)

lador, não claramente expresso no texto legal, o apêlo ao subsídio da elaboração legislativa não é processo exegético recomendável pela moderna hermenêutica jurídica, nem, muito menos, prepondera sobre outros elementos interpretativos idôneos, que se lhe possam contrapor.

Disse-o, com precisão e mestria, OROSIMBO NONATO:

"Ainda que se não queira tratá-lo inteiramente de resto, como FERRARA, WÜRZEL e tantos outros, certo é que não se pode agrilhoar a inteligência do texto por amor da "*mens legislatoris*", nem sempre, aliás, rastreável através dos debates parlamentares e da opinião individual dos legisladores. A lei desprende-se do legislador e adquire, como disse FERRARA, vida espiritual autônoma".

(*Diário da Justiça*, de 19 de dezembro de 1949, página 4.354).

"Mas a opinião individual do autor da lei não é bastante a lhe fixar o conteúdo. Pode e deve o intérprete, atento à *mens legis* e não à *mens legislatoris*, servir-se dos termos da lei e levantar sua construção sem aquêle adminículo...".

(Voto vencedor no Acórdão do S.T.F., de 5-6-944, na revista *Direito*, vol. XXXII, pág. 370).

\*  
\* \*

Tudo isso, em suma, e o que ainda poderia ser aduzido em obra de mais alentado tomo, põe de manifesto o acêrto da lição de dois dos mais eminentes comentadores da Constituição de 1946: EDUARDO ESPÍNOLA e PONTES DE MIRANDA.

O primeiro, exatamente no comentário feito ao dispositivo do art. 31, V, letra a, recomenda que

"se devem interpretar em sentido restrito as proibições decretadas pela Constituição".

(*Constituição dos Estados Unidos do Brasil*, Rio de Janeiro, 1952, tomo I, pág. 248).

O segundo, no exame do mesmo texto constitucional, é categórico:

“As disposições legais que *imunizam* ou isentam de impostos *interpretam-se estritamente*; e não cabe qualquer invocação de equidade”.  
(Cits. *Comentários*, tomo II, pág. 303).

\*  
\* \*

Em conclusão:

Não há possibilidade jurídica de reconhecer-se às *sociedades de economia mista* o pretendido direito ao gozo do privilégio da imunidade tributária recíproca estabelecido no art. 31, V, “a”, da Constituição, — ainda que pudessem elas, para êsse efeito, ser identificadas com as *autarquias*, ou a estas equiparadas.

\*  
\* \*

O convencimento jurídico que, a par do dever funcional, nos levou, neste apressado e obscuro trabalho, a divergir de idéias, teses e opiniões dos eminentes Professores e Jurisconsultos autores dos pareceres e trabalhos nele apreciados e discutidos, em nada afeta o altíssimo aprêço, o respeito e a justa admiração que êles nos merecem, por seus magníficos títulos de inteligência, cultura e honradez, que tôda a Nação reconhece e aplaude.

Rio, junho de 1964.

(a.) LEOPOLDO BRAGA

## DO EXERCÍCIO DO PODER DISCIPLINAR E SEU CONTRÔLE

PAULO BARROS DE ARAÚJO LIMA  
Procurador do Estado da Guanabara

SUMÁRIO: — PARTE PRIMEIRA — 1. *Breves noções. Do ato administrativo e a generalidade de sua classificação.* 2. *Do ato administrativo discricionário. Conceito e importância.* 3. *Da relação íntima entre o discricionário e a atividade administrativa.* 4. *Finalidade do discricionário. A consecução do interesse público. Sua relatividade em função dos diversos setores da Administração pública. Fundamento e limites. O abuso de poder e o mau uso da discricção administrativa. Formas de aferição e contrôle.* PARTE SEGUNDA — 1. *Da discricção no direito disciplinar. Forma de atuação. Mobilidade administrativa na conceituação da falta e na aplicação da pena.* 2. *Exceções ao princípio. Limite legal oposto à competência para punir.* 3. *Exercício do Poder disciplinar. Regime de competência. Cumulativa no enquadramento da falta. Mista na aplicação da pena de repreensão e suspensão. Privativa no caso de demissão. Alguns problemas de direito disciplinar.* PARTE TERCEIRA — 1. *O mau uso da discricção disciplinar e seu contrôle.* 2. *Os atos normativos complementares. A tipicidade da falta da disciplina fixada administrativamente.* 3. *O contencioso administrativo e a mera instância administrativa revisional. Precedentes no Brasil. A doutrina estrangeira.*

### PARTE PRIMEIRA

1. Os atos administrativos se compadecem com as mais variadas classificações conforme se queira analisá-los através de suas múltiplas e diversas finalidades.

A extraordinária complexidade do aparelho burocrático, de um lado consistindo numa enorme congêrie de órgãos vinculados uns aos outros pelo princípio da hierarquia e ao mesmo tempo diversificados pelos limites das respectivas competências, de outro lado, atuando das maneiras as mais diversas, quer fiscalizando, quer participando completamente, quer ainda substituindo a atividade privada — tinha forçosamente que repercutir no conceito e classificação do ato pelo qual a Administração pública atinge essas suas múltiplas e diversas finalidades — o ato administrativo.

Assim é que, se se quiser levar apenas em consideração que na Administração pública certas decisões só se tomam e concretizam depois de ouvidos dois ou mais funcionários, os atos administrativos podem ser classificados, a êsse prisma, como simples ou complexos, conforme intervenham compulsoriamente na sua formação um ou mais agentes da Administração. Da mesma forma, se se quiser fixar apenas em que, dentro do Poder Executivo, existem agentes administrativos que, por competência própria, deliberam sobre o modo de executar, como regra geral, e outros que executam ou individualizam a regra a cada caso particular, os atos podem ser ainda normativos ou executórios. Outras classificações ainda são possíveis, conforme o ângulo em que queira se colocar o observador: atos unilaterais e bilaterais, atos de gestão e atos de império, atos que produzem efeito jurídico (extinguem, criam ou modificam direitos) e meras recomendações de ordem interna etc. (1).

2. Porém, a mais importante classificação dos atos administrativos — a que os encara pelo aspecto mais característico e que, por isso mesmo, os distingue diante de outros fenômenos jurídicos — é aquela que os divide em discricionários ou não (2). Tão peculiar e ligada mesmo à essência do direito administrativo é a classificação que não se entende um sem a outra. E somente partindo-se da idéia do que vem a ser ato discricionário, do modo como atua, podem-se obter elementos para a nítida percepção do papel desempenhado pelo Poder Executivo na ordem jurídica constituída,

(1) VELLASCO, *El Acto Administrativo*, Madri, ed. 1929.

(2) De uso corrente é ainda fazer-se a classificação, tendo-se em vista a amplitude da competência, em atos de competência vinculada (não discricionária) e atos de competência livre ou discricionária, de praxe entre autores italianos. M. SEABRA FAGUNDES a ela se refere em seu livro *O contróle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário*, ed. 3.<sup>a</sup>, pág. 41.

isto é, penetrar o próprio conteúdo da expressão “Administração pública”, seus fins e conteúdo ético.

De fato, o ato administrativo — como ato jurídico que é (3) parte sempre de uma norma jurídica (em geral um texto de lei) que lhe fixa os limites, lhe outorga efeitos e de que êle é a afirmação concreta.

Se de tãda norma ou relação jurídica, como se sabe, extrai-se, necessariamente, um direito subjetivo de alguém a que corresponde um dever jurídico de outrem de respeitar ou não violar êsse direito, o ato administrativo — pode-se asseverar — é a manifestação ou a execução dêsse direito que se extrai da norma administrativa, com a qual deve-se conformar, e ao qual corresponde um dever do particular de não violá-lo (4).

Diz-se que ato administrativo é discricionário quando a norma que lhe dá origem é emitida de tal forma que o direito que dela se extrai (direito do poder público) tem um campo de atuação suficientemente amplo, capaz de permitir que êle, dentro dos próprios limites dessa norma, possa ser exercido sob uma forma optativa, através da possibilidade de seleccionar entre várias soluções ou critérios, todos possíveis, aquêle que mais lhe convier (5).

Suponhamos duas normas administrativas: primeira, o funcionário será aposentado compulsoriamente aos 70 anos de idade; segunda, a Administração poderá fechar um estabelecimento comercial qualquer que não apresente determinadas condições de higiene e segurança.

O direito ou poder que dimana da primeira norma jurídica é o de aposentar, à sua revelia, o funcionário que atingir 70 anos de idade. O ato administrativo, pelo qual o poder público exercitará

(3) Quando aqui se diz que o ato administrativo é ato jurídico ressaltam-se, implicitamente, aquelas meras recomendações de ordem interna das repartições (circulares, avisos etc.) que, embora partindo da lei, não chegam a criar, modificar ou extinguir direitos subjetivos.

(4) O dispositivo da relação jurídica em que, de um lado, se coloca o titular do direito e do outro o destinatário do dever jurídico, embora de índole e origem privativista, se presta igualmente para o direito público. M. SEABRA FAGUNDES em seu já citado livro a utiliza para fixar o conceito de direito público subjetivo. De preferência ainda entre os autores é a expressão “poder”, ao invés de “direito” da Administração, porque dá idéia da supremacia da posição em que ela se encontra em relação ao indivíduo. Preferem a expressão “direito” quando o beneficiário da prestação é o indivíduo. Então, diz-se, há direito público subjetivo.

(5) TITO PRATES DA FONSECA, in *Direito Administrativo*, denomina as normas jurídicas, que dão origem ao ato discricionário, de *normas elásticas*.

êsse direito, não será, em rigor, discricionário, porque o campo de atuação que lhe confere a norma é muito restrito: só retirar compulsoriamente do serviço aquêle que completar 70 anos. Já a segunda norma dará origem a um ato discricionário da administração pública, porque condiciona o fechamento do negócio ao padrão de higiene e segurança que venha a apresentar, mas deixa ao critério dela própria a afirmação do que venham a ser êsses dois conceitos (higiene seria êsse ou aquêle padrão de limpeza etc.) (6).

O campo em que o ato administrativo discricionário pode atuar, num sentido ou no outro, ponderando a conveniência, oportunidade, justiça etc., de se manifestar nesse ou naquele, ambos permitidos pelos limites da norma, chama-se seu elemento político.

A êle se contrapõe o elemento legal, que é o conjunto de fatores de tempo, forma etc., dentro do qual, na forma do comando de lei, deve êle se exercitar. É, por assim dizer, o limite legal oposto à ação administrativa.

No segundo exemplo, o elemento político da norma é a possibilidade que ela outorga ao agente executivo de exigir e impor um critério de higiene e segurança, não tão frouxo que ponha em perigo a saúde dos utentes do estabelecimento, nem tão rigoroso que desestime a sua manutenção, o que, em última análise, viria prejudicar ainda mais o interesse público que o ato visa favorecer. O seu elemento legal é a observância, no ato de fechamento, das condições formais de competência, publicidade, prazo etc., nela incluídos.

No ato discricionário, um elemento é exatamente a medida do outro. Quanto maior o número de condições impostas pela lei, menor o seu conteúdo discricionário. Quanto menores as restrições que lhe são impostas, maior a discricção do agente administrativo. A gama

(6) Na essência do ato discricionário está o *quid* diferenciativo entre a função jurisdicional e a administrativa. Quando se diz que ao Judiciário compete interpretar a lei, ao passo que ao Executivo compete aplicá-la, se pretende significar que o primeiro está vinculado, na sua ação, à interpretação e exegese pura do texto. E o segundo, ao executá-la, manifesta, em princípio, um juízo ético de oportunidade, e conveniência etc., que a própria norma lhe confere. Se é certo que na função jurisprudência de adaptar vestustos textos de leis à realidade social, às vezes com verdadeira ab-rogação dos seus dispositivos, se pode vislumbrar uma certa discricionariedade no Judiciário, e, por outro lado, se o Executivo às vezes tem a sua competência de tal maneira vinculada pela norma que não lhe sobra qualquer elemento político, não é menos certo que, num caso ou no outro, essas funções não são preclpuamente suas, senão acessórias de suas verdadeiras finalidades.

de discricção que se confere aos atos administrativos é numerosíssima, variando ao sabor dos mais diversos fatores. E o ato administrativo discricionário, por excelência, aquêle que não encontra nenhuma forma de condicionamento na lei que lhe dá origem, chama-se ato meramente político, cujo exemplo típico mencionado pelos autores é a declaração de guerra.

3. Levando-se em consideração que o ato discricionário é, nas suas mais variadas gradações, a regra, podem-se, em função dêles, colocar duas definições de “administrar”. Uma, ontológica, procurando penetrar o próprio âmago e fins da atividade. Outra de natureza formal, objetivando dar ênfase à submissão do Poder Público à ordem constituída, ao comando da lei.

Ontologicamente, administrar é, valendo-se dos elementos políticos das normas que lhes são confiadas, escolherem os agentes administrativos, entre os vários critérios por elas permitidos, aquêles que consultem na sua exata medida o interesse público. É, em outras palavras, ponderar o conjunto de fatores econômicos, sociais, financeiros, etc., que possam afetar a determinado problema e, dentro dos limites da lei, encontrar uma solução ideal que harmonize todos êles.

Daí porque é pacífica e unânimemente aceito na doutrina que os órgãos jurisdicionais só podem ser chamados a rever e criticar os atos administrativos sob o seu aspecto formal (conformidade com a Lei (6-A), sem jamais penetrar no seu elemento político, no mérito ou razão do ato. É que intuitivamente se assim não fôsse, o Poder Judiciário é quem estaria escolhendo, através da revisão, os critérios a adotar, usando da discricção, administrando em lugar do Executivo, com subversão do princípio da independência e harmonia dos três poderes universalmente acatada pelos Estados modernos.

Formalmente, administrar é aplicar as leis administrativas que lhe são destinadas.

A gestão pública haverá de ser sempre, em essência, a preocupação em equilibrar fatores, harmonizar conflitos, conjugar forças em nome da maior coesão coletiva (7).

(6-A) Tênicamente denominado contrôle de legalidade.

(7) Abstraído-se do teor ético do conceito, define-se correntemente administrar como “aplicar as leis administrativas”. Tais são correntemente as definições encontradas nos diversos tratadistas (LAFERRIÈRE, VON STEIN.

4. Colocadas essas noções fundamentais e examinadas as coisas com mais profundidade, verifica-se que a classificação dos atos administrativos em discricionários, ou não, é, em certo sentido, imprópria e só se presta para possibilitar a nítida percepção do papel desempenhado pela Administração pública na ordem constituída. De parte, talvez, raros exemplos marcantes, dificilmente se poderá dizer que determinado ato é discricionário, e outro não, e muito mais difícil será apanhá-los todos mediante um *quid* diferenciativo qualquer isento de dúvidas. Sendo o discritivo um elemento inerente à própria função de administrar, em verdade, bem se pode perceber, todos os atos administrativos, em sua generalidade, terão um pouco de discricção da autoridade que o pratica, ou, em outras palavras, toda norma confere ao agente administrativo uma esfera da opção dentro da qual êle atua, pois doutra forma seria impossível administrar (8).

HAURIUO, CINO VITTA, D'ALESSIO, OTTO MEYER, FRITZ FLEINER, ROGER BONNARD etc.) todos citados por TEMÍSTOCLES CAVALCANTI in *Tratado de Direito Administrativo*. Mas já RAFAEL BIELSA, preocupado em apontar diferenças entre o ato jurisdiccional e o ato administrativo, não se furta a assinalar: "Todo poder tiene certa podestad discricional; el poder legislador la tiene en un grado maximo; el poder administrador en un menor grado e aún el judicial tiene certa podestad discricional, no obstante, tener por objeto la aplicación integral de la ley. Se dice, con razón, considerando esto, que el poder judicial debe obrar segun la ley e el poder administrativo "dentro de los limites de la ley" (pág. 39).

(8) A circunstância de que em todos os atos administrativos se encontra, em geral, certa discricção, tem levado os autores, na impossibilidade de encontrar um marco onde começa a competência vinculada e termina a discricionária, a abandonar o estudo sistemático da classificação, para se fixar na classificação da própria competência discricionária. A êsse propósito M. SEABRA FAGUNDES comenta em seu livro *O Contrôlo Dos Atos Administrativos Pelo Poder Judiciário* que existem várias gamas de discricção, ora limitada pelo objeto, ora pelo tempo, ora pelos dois ao mesmo tempo. E ainda sem limitação alguma. TITO PRATES DA FONSECA em seu livro *Direito Administrativo* menciona vários tipos de discricção, a técnica, a administrativa, a política etc. ADOLFO MERKL, citado por TEMÍSTOCLES CAVALCANTI in *Tratado*, vol. II, pág. 283, diz igualmente que a distincção entre atos discricionários e condicionados não pode ser absoluta. Está apenas no maior ou menor conteúdo do elemento discricionário. BARTOLOMÉ A. FIORINI, da mesma forma, adverte: "Puede suceder que ciertas normas vinculen con mayor detalle el condicionamiento de la actividad ejecutiva, en tanto que en otros la vinculación se encuentra menos particularizada. Entre la gestión administrativa que se desarrolla por una ley detalladamente vinculada y aquella otra que carece del condicionamiento respectivo no existe ninguna diferencia substancial. La distinción se refiere a simples grados en la forma de realizarse el proceso de gestión". HANS KELSEN, por sua vez, in *Teoria General Del Estado* (tradução espanhola, Ed. Labor), diz: "carece de sentido dividir los actos jurídicos en libres y vinculados" (pág. 319). Ainda BARTOLOMÉ A. FIORINI: "La realización vinculada no es, en ningún caso, ciega e automatica ejecución

No campo da discricção administrativa tudo se resume afinal em gradação. E o que vale acentuar é que a maior ou menor dose de discricção que a lei permite ao agente administrativo está na razão direta, em primeiro lugar, do maior ou menor afrouxamento dos laços associativos da comunidade, do maior ou menos aparecimento de injustiça, desníveis jurídicos etc., resultantes da sua omissão; em segundo lugar, da capacidade do próprio texto legislativo apanhar na sua contextura normativa toda a gama de soluções que o problema possa sugerir.

Onde mais surgirem interesses concorrentes, mais se impõe a presença estatal; onde mais difícil fôr à lei harmonizar, em tese, êsses interesses, mais discricção se dará à atividade administrativa (liberdade de ação dentro da lei). Maiores os poderes do Executivo, menores os direitos dos individuos.

5. Certo, a discricção é de tal forma inerente à função, que não se pode entender Administração pública sem o uso permanente do discricionário.

Mas, conquanto seja êsse o dado peculiar e identificador do Poder Executivo, tal não significa que a discricção possa ser usada sem óbices e em termos absolutos pelos agentes administrativos. Tem ela limitações que encontram fundamento, quer no próprio conceito de Estado, quer nos próprios fins visados pela Administração.

A doutrina, preocupada em harmonizar os princípios do Estado de direito com os poderes privativos da Administração, vem aos poucos elaborando o seu conceito, fixando os seus limites, dando-lhe a própria contextura filosófica.

Para a elaboração da sua sistemática tem-se socorrido usualmente da idéia de abuso de poder ou *detournement du pouvoir*, tal como apareceu na França, através da atuação do Conselho de Estado (9).

Diz-se que o poder discricionário que tem a autoridade sob determinado setor da vida pública se explica e tem por fundamento o interesse da coletividade ou do grupo (interesse público) que a ela

de la ley; ya porque deje un claro necesario para desarrollarse la administración, ya porque la aplicación de la ley no se realiza jamás con exclusión absoluta de cierta apreciación en la ejecución de las disposiciones normativas" (pág. 43).

(9) TEMÍSTOCLES CAVALCANTI, in *Tratado de Direito Administrativo*, vol. VI, pág. 159.

incumbe velar. Onde não há conveniência ou interesse público a preservar, não há fundamento para a discricção. Esse o seu único fim, a razão de sua existência.

Daí avançar-se que toda a vez que o ato discricionário é praticado em detrimento do indivíduo ou contra o seu interesse e que não tenha motivo, ou explicação, no interesse ou utilidade pública, a discricção transforma-se em puro arbítrio, em desvio de poder. A autoridade teria usado o seu poder discricionário, não para beneficiar a comunidade, que nenhum proveito tiraria da medida, mas sim para prejudicar o indivíduo. Haveria um desvio de finalidade do poder discricionário, que a norma teria conferido ao agente administrativo, para usá-lo tão-somente no interesse da coletividade.

A lei visa dar ao administrador meios e condições de zelar pelas conveniências do grupo e a sua ação deve ficar adstrita ao sentido dessa vontade do legislador. A norma legal, por assim dizer, portaria em seu bôjo duas ordens de comando a serem respeitadas. Uma, implícita, genérica, não escrita, no sentido de só conferir poderes aos agentes para decidir em favor do coletivo; outra, expressa, específica, formal, enunciada gramaticalmente na sua contextura, pela qual a própria norma, ora em maior, ora em menor grau, dita à Administração como realizar o interesse público.

Assim, toda a vez que o ato é executado com inobservância dos seus elementos formais, toda a vez que o agente administrativo, ao praticar o ato, fugiu aos cânones que a norma, ora em maior, ou em menor grau, lhe ditou para preservar o interesse público, êle pode ser cassado normalmente pelos órgãos jurisdicionais pelo simples confronto entre a letra da lei e o ato.

E, ainda quando obedece ao rito legal, mas no seu espírito, na sua intenção, ao enunciar o discricionário, refoge à sua destinação genérica — o resguardo do interesse público — para ferir tão-somente a interesses particulares, pode também ser declarado nulo nos seus efeitos, sob o prisma excepcional do abuso de poder (10).

(10) M. SEABRA FAGUNDES em seu livro *O Contrôlo Dos Atos Administrativos Pelo Poder Judiciário*, (Ed. 3.<sup>a</sup>, pág. 91) refere-se a um caso em que o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Norte anulou, ao prisma do abuso de poder, o ato administrativo que fixou horário de ônibus porque, embora emitido por autoridade competente, fôra baixado com o intuito de favorecer determinada empresa concessionária em detrimento das demais.

O elemento discricionário privativo da função administrativa ficaria assim sujeito a um duplo contrôle. No primeiro fiscalizar-se-ia a observância ao modo pelo qual a lei ditou ao administrador a realização da gestão pública; no segundo, preservar-se-ia a própria destinação do ato, obrigando a incidir sobre aquilo que fôsse razoavelmente esse interesse público.

Mas a verdade é que a discricção administrativa é, em si mesma, uma realidade. E de seu mau ou bom uso depende imediatamente o bem-estar social.

E, evidentemente, não se pode montar toda a estrutura do discricionário sobre os alicerces do desvio de poder. Não se pode pretender, eticamente, que, quando não há desvio de poder, o uso da discricção será rigorosamente legítimo. Ou que ambas são verso e reverso da mesma medalha.

A ideação do abuso de poder é um esquema elaborado para possibilitar a ampliação do contrôle jurídico sobre a atividade administrativa. Mas a discricção em si mesma tem a sua conceituação própria independentemente dos modos e meios jurídicos pelos quais possa ser controlada.

Partindo-se mesmo da idéia de abuso de poder, pode-se dizer que, em realidade, ao lado do direito subjetivo do indivíduo, prestigiado pelos limites da norma de lei, coexiste, abstratamente, o seu interesse, de contornos imprecisos, mas também de certa significação jurídica.

Se a Administração, ao executar o ato, transcende os limites da norma, quer no seu espírito, quer gramaticalmente, ofende ao direito. Mas já o seu interesse, por isso que de contornos não definidos *a priori*, pode prevalecer ou não em dado momento, na dependência em que, nesse dado momento, possa se colocar em conflito com o interesse coletivo. Toda a vez que se põe em conflito com o coletivo seu interesse pessoal cede e a discricção que concretiza essa preterição será legítima; toda a vez que não há rigorosamente o conflito, em que ambos os interesses, particular e coletivo, podem subsistir, e o primeiro é sacrificado em vão, não se pode dizer, em regra, que o ato é eivado de abuso de poder, mas a discricção, essa não será rigorosamente legítima.

Em outras palavras, a discricção que se afirma filosoficamente legítima é aquela que espelha, na sua exata medida, o interesse público, pois foi para realizá-lo que ela foi outorgada. Não assim

aquela discricção que, sem refugir ao espírito da lei, não chega, porém, a captar exatamente o interesse público.

Sòmente quando o ato desvirtua de maneira flagrante o fim que visou a lei, é que se pode, com segurança, apontar o abuso de poder. Mas, evidentemente, entre a desconexão manifesta do ato em relação à autorização legislativa, por assim dizer, entre a superação do elemento legal e a captação da exata medida do interesse público, existe uma gama variadíssima de soluções nas quais o mau uso da discricção ocorre, na qual valorosos interesses particulares são desnecessariamente esquecidos, sem que seja possível qualquer forma de contròle.

E a verdade é que não se encontra outra alternativa senão a de aceitar atos que aparentemente se dirigem ao estrito benefício do público (porque coerentes na sua motivação e dentro dos fins genéricos visados pela lei), mas que, no fundo, porque não refletindo, em dado momento, a exata medida do interesse público, visam prejudicar, ou, na maioria das vezes, prejudicam sem visar, o interesse particular (11).

Dir-se-á que para a má administração não há solução jurídica. Sendo o direito um interesse juridicamente protegido, na velha síntese de IHERING, e não podendo o interesse particular prevalecer senão quando visível e concreto o abuso de poder, suscetível de tratamento jurídico — mencioná-lo e sobre êle fazer distinções, importa em abandonar o âmbito próprio do direito para ingressar em outro de natureza filosófica e social.

(11) BARTOLOMÉ FIORINI, in *La Discriccionalidad en la Administración Pública* (Ed. 1943), não se furta a assinalar: "El problema (da discricção) otrora aparentemente resuelto, irrumpe de nuevo ante este Estado actual que absorbe, como un nuevo Leviatan, campos de actividades que pertenecieron al cuadro respectado de la iniciativa y gestion privadas. La norma jurídica, con su sentido estatico compressivo de la vida social, se quiebra como dimension de conducta invariable y permanente para ordenar esta gama novedosa de actividades dímamicas y coletivas. Esta nueva faz de la gestion social de la administración publica requiere que el funcionario atúe en forma diversa del simple ejecutor de la ley de vieja definición, realizando con sabia ponderación el acto que, además de legal, debe ser oportuno y eficaz." E noutro trecho: "La afirmación de que en ese ambito libre (discricionário) debe tenerse en cuenta la satisfacción del interés publico, no impide que el administrador, que tiene la facultad de dictar normas como creador autonomo, las puede producir o sancionar arbitrarias o deficientes por más que invoque el interés coletivo." "Toda la actividad estatal responde a ese fin, y por eso en ciertas oportunidades deja de obrar en forma injusta y irrazonable. Invocando los intereses colectivos el organo publico puede destruir valorables intereses particulares, o, sin llegar a tal extremo, desviar la plenitud de la satisfacción social en forma gravosa o nociva."

Certo não é jurídico mencionar interesses particulares incapazes de receber tratamento de direito. Mas se, não obstante, êsses interesses subsistem, não deixa de ser jurídico procurar dar ao agente administrativo instrumentos adequados para que cada vez menos tais interesses sejam preteridos inútilmente; cada vez mais a gestão pública se aproxime de sua figura ideal.

Jurídico não é apenas dizer, em dado momento, qual é o direito existente, mas procurar aperfeiçoá-lo através do refinamento das normas donde é extraído.

E, de parte as sutilezas por que se pode enveredar nesse tema, uma das maneiras mais práticas de prevenir o mau uso da discricção administrativa é conferir o elemento discritivo das normas jurídicas a um só órgão ou ente público.

Tal esquema não só evitaria a aplicação de critérios distintos para um mesmo caso submetido à Administração — a que não é insensível o direito objetivo (12), como possibilitaria, através do trato constante do problema e a preocupação de resolvê-lo por alguém só dedicado a isso; a melhor consecução do interesse público.

Dissemos que o modo mais prático de se evitar o uso imperfeito da discricção era, sem dúvida, confiar a um só órgão público a elaboração do discritivo em determinado setor da vida jurídica. E assim o tem sido realmente. Ou por intuição do problema, ou por espírito prático, dentro do nosso aparato administrativo, tôdas as normas discricionárias estão em geral distribuídas e confiadas a certos setôres do Poder Público.

(12) E RAFAEL BIELSA in *El Contencioso Administrativo*, pág. 42, assinala: "Supongase que la ley autoriza al poder administrador a otorgar personería jurídica a las entidades que realicen un fin de utilidad publica, y tambien a "retirar" la personería jurídica concedida, toda vez que esas entidades no realicen un fin de utilidad publica, o con mayor razon — cuando realicen actividades contrarias a ordem publica. En esta situación el otorgamiento y retiro de la personería jurídica es facultad material del poder administrador, por que tanto la utilidad publica como transgresion del orden publica, condiciones necesarias para otorgar y retirar, respectivamente la personería jurídica, estan libradas a la apreciación del Poder Ejecutivo o administrador. Sin duda, los propios precedentes administrativos tienen cierta fuerza obrigatoria para el poder ejecutivo, pues esto no podria otorgar personería en un caso y denegar en otro analogo, sin llegar a la arbitrariedad."

Tem-se comumente entendido que o princípio da igualdade civil de todos perante a lei, do art. 141, § 1.º, da Constituição, não obriga apenas ao legislador ao fazer a lei, mas, também, ao Poder Executivo ao aplicá-la. Em ambos os casos, impedindo-os de adotar critérios, quer legislativos, quer administrativos, que façam distinção entre pessoas nas mesmas condições de fato.

Dêsse modo é que o poder de polícia, quer relativamente à saúde, quer aos costumes, ou aos serviços públicos concedidos etc., sempre estêve confiado a determinados setôres em particular da Administração (Ministério da Saúde, Polícia Civil etc.) e não a todos êles ao mesmo tempo.

Determinadas normas administrativas, porém, como se verá, de algum teor discricionário, estão confiadas indistintamente a todos os ramos do sistema administrativo. Tal é a parte do direito administrativo denominado direito disciplinar, isto é, aquêles setor que trata dos deveres dos funcionários e as sanções a que êles estão sujeitos por infringência dêsses deveres.

E essa circunstância dá oportunidade ao surgimento do mau uso da discricção. Dá ensejo até, as mais das vêzes, à dicotomia de critérios, sem que se possa saber onde, se no primeiro ou no segundo, se encontra a justa medida do interêsse público, e, portanto, a legitimidade da preterição individual.

#### PARTE SEGUNDA

1. Havíamos dito que o maior ou menor teor de discricção que a lei confere à Administração pública, em determinado setor a ela confiado, estava, em regra, na razão direta da capacidade da lei em abranger, nos seus comandos genéricos, tôdas as hipóteses que o tema possa ensejar.

De fato, assim o tem sido. No setor do poder de polícia sob os seus mais variados aspectos (saúde, trânsito, educação, transportes etc.), o teor de discricção que se lhe confere é muito grande (taxas fixas de remuneração de capital, condições gerais de funcionamento dos estabelecimentos etc.), porque, impondo-se a presença estatal, impossível ao instrumento legislativo abrangê-lo todos nos seus detalhes.

Mas, já na parte em que se trata das relações entre a Administração e seus funcionários, a discricção é bem menor. A situação funcional do agente administrativo perante o Estado exige, em benefício do próprio funcionamento do serviço público, maior rigidez de sua condição jurídica capaz de permitir à lei, no seu texto normativo, defini-la completamente.

Daí porque os institutos da promoção, acesso, estabilidade, aposentadoria, licença etc., são casuisticamente regulados em lei, dan-

do pouca discricção à autoridade e bastante direito subjetivo aos funcionários.

No entanto, existe um ramo concernente às relações da Administração com seus funcionários que contém um certo poder de discricção dela para com êles. Tal é o chamado direito disciplinar, entendido como aquêles que estabelece os ilícitos administrativos e estipula as respectivas sanções.

Neste, sob o fundamento, aliás irrecusável, de que a Administração precisa de certa mobilidade de ação para depurar o corpo de seus funcionários, deu-se mais discricção à autoridade, menos direito aos indivíduos.

Proporcionou-se-lhe, ao propósito, normas jurídicas suficientemente elásticas capazes de ensejar ao aplicador da lei certa ductibilidade, quer no próprio discernimento do que vem a ser ato ilícito administrativo, quer na escolha da pena, conforme, a seu juízo, a gravidade de que possa se revestir.

Assim é que, muito embora os ilícitos administrativos se mostrem idênticos, quanto à sua natureza, com os ilícitos penais, pois que ambos são atos anti-sociais, enquanto êstes últimos são descritos casuisticamente na legislação penal (preocupação de descrever minudentemente a ação criminosa — tipicidade da norma penal), aquêles primeiros são apenas referidos no texto estatutário. O que vale dizer que, segundo as normas jurídicas que os emitem, ilícitos penais serão apenas os ali descritos; e ilícitos administrativos serão todos aquêles que se enquadrem dentro dos conceitos gerais no Estatuto assentados. Em outras palavras, o ilícito penal é sempre aquêles descrito e definido na lei; o ilícito administrativo é criado pelo julgador (discricção no discernimento dos ilícitos), desde que êle tenha por limites os conceitos gerais emitidos na lei.

Para dizer da discricionariedade que o texto estatutário dá à autoridade administrativa basta um exame ainda que superficial sôbre a sua sistemática.

De fato, ao enumerar os ilícitos administrativos, o Estatuto se ocupa essencialmente de três artigos. No primeiro (art. 194) estipula, usando de uma linguagem genérica, quais são os deveres do funcionário (lealdade, urbanidade, discricção, pontualidade etc.). No segundo (art. 195), ainda colocando mais o conceito do que definindo propriamente a ação passível de punição disciplinar, dispõe sôbre os atos que lhe são proibidos (participar de gerência comer-

cial, fazer advocacia administrativa, praticar usura, etc.). No terceiro, enunciando ainda os ilícitos administrativos, já agora em função da pena, indica, entre outros, a insubordinação grave em serviço e a incontidência pública e escandalosa como capazes de ensejar a pena de demissão (art. 207, ns. IV e III).

Dispondo ainda, noutro inciso, sobre as sanções em função dos ilícitos administrativos já referidos nos arts. 194 e 195, reza:

“Art. 204. A pena de repreensão será aplicada nos casos de desobediência ou falta de cumprimento dos deveres.

Art. 205. A pena de suspensão, que não excederá de 90 dias, será aplicada em caso de falta grave ou reincidência.”

Ora, por aí bem se vê que, dentro do sistema seguido pelo direito disciplinar brasileiro, em regra, o que predomina para efeito de distinguir na aplicação da pena, não é o delito configurado, a ocorrência em si mesma, mas a gravidade que lhe possa atribuir a Administração. Ou por outra, tem a autoridade, dentro da lei, a discricção suficiente para enquadrar uma infringência de deveres funcionais na categoria de ilícito que entender e, em função dêsse enquadramento, dosar, a seu exclusivo critério, a aplicação da penalidade definida em termos gerais na lei (13).

De fato, se a pena de repreensão será aplicada no caso de desobediência ou falta de cumprimento dos deveres e se, por outro lado, a suspensão será imposta nos casos de falta grave, segue-se

(13) Sobre o tema já se pronunciou o Prof. LAFAYETTE PONDÉ, da Faculdade de Direito da Bahia, in *Revista de Direito Administrativo*, 1954, vol. 35, pág. 21, *A Responsabilidade dos Funcionários Públicos*: “A punição disciplinar é substancialmente, um ato administrativo e as faltas enumeradas pela lei constituem o motivo dêsse ato punitivo. Ao estabelecer taxativamente as faltas e as penas disciplinares a lei só excepcionalmente fixa uma exata correlação entre uma e outras. De regra, deixa à autoridade administrativa um certo poder discricionário na valoração dessas faltas, isto é, na escolha da sanção mais adequada entre as admitidas expressamente. Também certo poder discricionário domina a apreciação dos fatos que possam constituir a falta disciplinar, bem como a da oportunidade e conveniência da punição do funcionário (cfr. J. BELIN, *La Notion de la Utilité Publique*, Paris, 1932, pág. 60; REGGI, *Diritto Amministrativo*, vol. 4, pág. 339).

E LÚCIO BRITENCOURT, fazendo a distinção entre os ilícitos administrativo e penal para dizer que só no último existe a tipicidade, arremata citando FLORIAN: “*La Podestá disciplinare é il più delle volte discretiva*” (*Rev. de Dir. Adm.*, 1945, vol. II, págs. 792/801 — *Direito Disciplinar e Princípio da Legalidade*).

JULIAN M. RUIZ Y GOMES (*Principios Generales de Derecho Administrativo — El Personal de La Administración Pública*; pág. 426): “*En la aplicación de la corrección disciplinaria se deja un ancho campo a la facultad discrecional mientras que en la aplicación de la sanción penal el Juez o Magistrado se somete a lo estrictamente determinado por la ley*”.

intuitivamente, que o texto estatutário deixou à Administração aplicar a um mesmo fato (não cumprimento de um dever funcional) a pena de repreensão ou de suspensão, conforme êsse descumprimento seja, a seu exclusivo critério, havido, ou não, como uma falta grave.

Da mesma forma, desde que a lei capitula como caso de demissão a “insubordinação grave em serviço” e tanto a insubordinação como a “desobediência” no fundo são mesma coisa, porque ambos são atos dirigidos contra a vontade expressa da autoridade superior — tudo se resumindo no grau de contrariedade que o subalterno possa oferecer ao superior — segue-se que, ainda por desobediência de qualquer de seus deveres, pode o funcionário, em tese, ser demitido desde que a Administração, adotando êsse ou aquê-le critério mais rígido de disciplina, queira encontrar na desobediência do dever funcional as côres da insubordinação grave.

Tomemos uma ocorrência administrativa qualquer. O funcionário, quebrando o regime da repartição, deixou de comparecer à repartição. Não se justificou, nem avisou ao seu chefe imediato, deixando de cumprir tarefa de que havia sido especialmente incumbido. Tal implica, genêricamente, na transgressão a um dever funcional, seja a assiduidade, seja a falta de exação no cumprimento do dever.

Êsse mesmo fato, dentro dos limites da lei, pode se apresentar como uma simples desobediência de dever funcional (enunciado genêricamente no art. 194) e, como tanto, ensejar uma repreensão; pode se configurar também, a juízo da autoridade, como uma ocorrência com os requisitos de falta grave e dar oportunidade ao empregado da suspensão. E pode possibilitar ainda a demissão, considerando-se o ato como insubordinação grave, eis que o ato contrariou manifestamente ordem, ou regra, ou disciplina da repartição, sob a qual êle trabalhava — qual seja, o aviso e a justificativa em caso de ausência.

Ê claro que se poderia dizer que não se justifica tal medida para a falta administrativa; que é sumamente drástico demitir quem falta eventual e inadvertidamente ao trabalho, deixando por fazer tarefa de que havia sido incumbido. Mas não se poderia dizer que se transcendeu aos limites da norma, pois a insubordinação sempre foi, gramaticalmente, faltar à disciplina (14). E de

(14) LAUDELINO FREIRE, *Dicionário da Língua Portuguesa*, vol. III, letra D, pág. 2.995.

falta de disciplina é que se trata. De resto, dizer-se que a medida re-fletiria destemperança e exagêro é atacar a discricção, o critério disciplinar adotado.

Já ao enunciar outros ilícitos administrativos passíveis da pena de demissão (art. 207, ns. I a X), o Estatuto foi um pouco mais casuístico. De parte a capitulação da insubordinação grave e a incontidência pública que, como se viu, pela elasticidade de seus conceitos, podem abranger uma grande variedade de ocorrências, a lei procurou mais ou menos enumerar e fixar os atos suscetíveis de sofrerem a pena máxima — a perda do emprêgo.

Nesses casos, contrastando com o interêsse da coletividade relevantes interêsses privados — a continuação no emprêgo, a lei deu menos discricção à autoridade, ampliando um pouco mais o campo do direito subjetivo do particular.

Mas mesmo aqui a sua preocupação não foi atar completamente a Administração a hipóteses minudentemente previstas na lei, mas deixar-lhe uma relativa maleabilidade de ação. Usando um elemento gramatical genérico e impreciso deixou a fixação de seu entendimento ao sabor das conveniências e critérios administrativos.

Assim é que capitulou a ofensa física em serviço contra funcionário ou particular, mas absteve-se de definir o que se deva entender como tal. Simples alteração, ou necessidade do advento da lesão ainda que leve. Da mesma forma, previu a revelação de segredo que o agente conheça em razão do cargo ou ofício, mas não especificou, dentre os diversos elementos que o agente venha a conhecer em razão do cargo, quais os que devam ser entendidos como segredo. Igualmente deixou de esclarecer se a simples revelação de segredo importa no ilícito ou se é necessário, para a sua configuração, a existência de prejuízo para a Administração. Enumerou ainda a embriaguez habitual e a incontidência pública, mas não definiu o que vem a ser embriaguez habitual (presença ao serviço alcoolizado amiudadamente ou manter-se ébrio, costumeiramente, fora de ambiente de trabalho); não disse quando se caracteriza a habitualidade, nem especificou quando o comportamento inadvertido deixa de ser mera falta de urbanidade passível de repreensão, para assumir as côres da incontidência pública punível com a demissão (15). Capitulou mais a dilapidação do patrimônio nacional,

(15) Incontidência, embora seja, vulgarmente, comportamento obsceno e escandaloso, também significa gramaticalmente falta de temperança e modera-

mas não disse se a falta só se configurava com a existência de dolo direto ou se igualmente se caracterizava com a existência de simples culpa nas suas diversas gradações e formas: imprudência, incompetência e negligência, deixando, certamente, ao critério disciplinar o trabalho coplementar de fixar a sua configuração jurídica (16-17).

2. Tem-se entendido, porém, que a competência para punir, de regra, reconhecidamente discricionária, sofre, em certos casos, limitações legais para jungir o poder disciplinar a uma atitude única e certa.

Tais são os casos em que o fato, ao mesmo tempo em que envolve ilícito administrativo, configura, igualmente, a prática de crime, como tanto definido na lei penal. A autoridade não agiria, nessas oportunidades, discricionariamente, mas em função de pressupostos a serem fornecidos pelo Poder Judiciário.

Aqui tem-se entendido — e há acórdãos nesse sentido — que a Administração não pode demitir invocando a prática de atos conceituados na legislação penal como crimes (art. 207, n.º I), quando o agente foi absolvido no crime.

ção (LAUDELINO FREIRE, *Dicionário da Língua Portuguesa*, vol. III, letra I, pág. 2.943).

(16) Dilapidar é um verbo que envolve uma série de significações. Desde arruinar, estragar (que indica dolo), até esbanjar e dissipar, que envolve mera falta de cautela, imprudência etc. (Idem, LAUDELINO FREIRE).

(17) A alguns pode parecer duvidoso que se trate nesse passo, rigorosamente, de discricção da autoridade disciplinar dada a ausência, no elemento gramatical, de adjetivos e alocuções que indiquem ponderação e conveniência. Mas, de parte a sutil distinção entre a interpretação — função precípua do Judiciário, e a discricção — competência inerente à função administrativa — vale invocar que o princípio da autonomia do direito disciplinar tem-se prestado a que os Tribunais entendam se tratar no caso de mera discricção, se limitando aí a verificar a existência do fato em si, genéricamente capitulado, deixando à Administração a demarcação de seus contornos para tirar conseqüências jurídicas. A. A. CONTREIRAS (*in O Estatuto dos Funcionários Interpretado*) cita alguns acórdãos em que os Tribunais excepcionalmente entraram no mérito do enquadramento do fato, sem, no entanto, se eximir de deixar claro que isso não era a sua função. Supremo Tribunal Federal — rec. extraord. n.º 27.646: “Ao Poder Judiciário compete apenas examinar a legalidade da demissão e não a sua justiça. Dada, porém, a controvérsia que nesta matéria tem surgido, confirma-se, também, a decisão da justiça local que a examinou.” Tribunal Federal de Recursos, ap. civ. n.º 5.257: “Demissão de funcionário público. O princípio que veda ao Judiciário examinar a justiça ou injustiça do ato administrativo, há que sofrer temperamento para possibilitar a anulação judicial do procedimento do Governo baseado em fatos a que se deu qualificação inexata ou errônea. Verificado que os fatos apurados no inquérito administrativo não justificavam a penalidade máxima aplicada, é de se anular o ato demissório”.

Ao Judiciário compete privativamente dizer quando há crime. E se êste se pronunciou dizendo não haver tal, não pode a Administração demitir por êsse fundamento. O ato administrativo assim consumado, implicaria numa exorbitância de campos privativos de competência.

Por outro lado, ainda em certos casos, a restrição à competência disciplinar é manifesta.

O art. 213, n.º II, parágrafo único, dispõe que as faltas previstas na lei penal como crimes prescrevem juntamente com êles. Nesse passo, indiscutivelmente, não há discriminação. Se a ação criminosa prescreveu e se a ocorrência é uma só, não há que falar em subsistência da falta administrativa para efeito disciplinar.

Embora autônomos entre si os ilícitos penais e administrativos, não quis o legislador que o administrativo tivesse um regime mais severo que o penal. Se a punibilidade do fato se extingue na esfera penal, decorrido certo lapso de tempo, não poderia subsistir a simples punibilidade administrativa — sem dúvida de menor relevância — por prazo superior.

Ainda o art. 226 do Estatuto dispõe que a autoridade executiva promoverá a instauração de inquérito policial sempre que o fato configurar, objetivamente, a prática de delito.

Não há, igualmente, aqui, apreciação de oportunidade ou conveniência da comunicação. Consumado o fato configurativo do delito em tese, impõe-se o expediente à polícia civil para a instauração do inquérito.

O Poder Executivo age aqui como fiscal da lei penal no âmbito privativo de seus departamentos. Fiscalização essa, sem a qual o capítulo do Código Penal relativo aos crimes praticados por funcionário contra a Administração pública (art. 312 e segs.) seria praticamente letra morta.

Ora, como se procurou, em poucas tintas, demonstrar, as normas administrativas de direito disciplinar também contém um certo teor de discriminação. São, em regra, de natureza relativamente elástica. Salvo quando tratam das consequências do direito penal civil na ocorrência administrativa, deixam mais ou menos, a juízo da autoridade, a conceituação do ilícito administrativo e em função dessa conceituação, a oportunidade da aplicação dessa ou daquela pena.

Permitem, em tese, à Administração, através da aplicação reiterada da lei, a elaboração de uma idéia de disciplina que responda ao padrão dos costumes administrativos a preservar em determinada época.

A exemplo do que ocorre com outras normas discricionárias dos diversos setores do Poder Executivo, concedem à autoridade a falta de, na aplicação da lei a cada caso particular, ir extraindo e fixando a exata medida do interesse público.

No poder de polícia, por exemplo, ora restringindo ou ampliando os quadros gerais em que os entes policiados devem atuar, na medida em que os diversos fatores vão mudando. No direito disciplinar, especificamente, deixando à autoridade elementos para ponderar eticamente a falta e traduzir, com a pena aplicada, em que medida ela fere o interesse coletivo.

Mas, como já se viu, ao passo em que os elementos discritivos das diversas normas discricionárias estão confiadas em particular a cada setor do Poder Executivo, a quem incumbe — através de freqüente manuseio da norma administrativa e da constante preocupação do problema — elaborar e estratificar, ao sabor dos tempos, os diversos valores integrativos do interesse público, o elemento discritivo das normas disciplinares estão confiados, em geral, a toda a Administração.

Vale dizer que o Estatuto — visando, talvez, um objetivo mais relevante, qual seja o da presteza na apuração das faltas — rompeu com a tradição, criando para o direito disciplinar um regime excepcional de competência cumulativa na aplicação do discricionário disciplinar (art. 227 da Lei n.º 1.711, de 1952).

Regime êsse em que todos os chefes de serviço, ao mesmo tempo, estão habilitados a dizer em que grau, tal ou qual ocorrência administrativa fere o interesse público e propor a quem de direito a pena, a seu juízo, cabível. Cada agente administrativo terá seu entendimento próprio sobre disciplina; aplicará o discricionário disciplinar, ora utilizando-o com o maior rigorismo que a norma legal permite, ora abrandando-o no seu escalão maior, dando ensejo à vigência simultânea de diversas cogitações de interesse público, extraídas, às mais das vezes, ao sabor de meros entendimentos pessoais e isolados.

Embora discutível, é verdade que poder-se-ia neste ponto dizer que não há, em rigor, competência cumulativa na aplicação do elemento discricionário disciplinar.

Conquanto omissa nesse particular a Lei n.º 1.711, de 28 de outubro de 1952, poder-se-ia interpretá-la no sentido de que, no sistema administrativo brasileiro, pelo menos para as penas mais graves, o discritivo disciplinar está afeto, em realidade, a um só órgão ou autoridade — o Presidente da República, no caso de demissão e os Ministros de Estado em caso de suspensão.

É que, cabendo a essas autoridades aplicar as penas respectivas, elas próprias, ao ensejo de sua atuação no processo, iriam reformando e unificando os critérios e diretrizes seguidos pelas diversas autoridades julgadoras enquadrando êsse ou aquêle ilícito administrativo na categoria correta e, em função dessa classificação, dosar as penas respectivas.

Mas se é verdade que, em face da omissão da lei, se pode pensar assim, não é menos certo que essa pretendida uniformização de critérios disciplinares, pelo Chefe da Nação e Ministros de Estado, se possível em tese, é, na prática, impossível.

Em primeiro lugar, porque a processualística do direito disciplinar não está armada de modo a favorecer o enfeixamento do discricionário nas pessoas daquelas altas autoridades. Nem todos os inquéritos administrativos sobem a suas apreciações. Apenas aquêles em que os indiciados são considerados culpados pelas respectivas autoridades julgadoras. E, no dizer que em certos fatos não há falta disciplinar, há sempre discricção. O Estatuto mesmo, reza que o agente administrativo que mandou instaurar o inquérito “*judgará*” o relatório da Comissão e, se fôr o caso, “*remeterá*” o processo à autoridade para aplicar as penas que excedem de sua competência (art. 227 da Lei n.º 1.711, de 1952).

Em segundo lugar, porque as autoridades, dada a praxe assente de há muito nesse tema, estão mais interessadas em prestigiar os atos da autoridade julgadora do que, pròpriamente, fiscalizar-lhes as diretrizes disciplinares.

Por último, porque a uniformização pretendida exigiria um trabalho permanente de coligimento e confrontação de uma grande quantidade de elementos e dados que não poderia ser realizada por

um só agente administrativo, mormente o Presidente da República ou Ministros de Estado, de funções outras muito mais relevantes (18).

O que aqui é dito pode ser demonstrado. No ano de 1958, enquanto a serviço da Consultoria Jurídica do Ministério da Viação e Obras Públicas, fomos incumbidos de fazer e rever o enquadramento disciplinar de indiciados em vários inquéritos administrativos (por volta de 300) de instrução já consumada e que, à falta de pessoal habilitado a tanto, estavam ameaçados de terem as respectivas punibilidades extintas.

Ali, graças às circunstâncias especiais do caso — um Ministério envolvendo uma série de departamentos e entes autárquicos e um lapso de tempo relativamente grande — pudemos verificar a diversidade de critérios criados ao sabor do entendimento pessoal de cada Comissão.

Um só fato de acontecimento mais ou menos freqüente impressionou-nos sobremaneira — o desastre ferroviário. Muitas eram as ferrovias do govêrno subordinadas ao Ministério. E por isso não raro eram os desastres ocorridos nos diversos pontos do país: Norte, Sul, Centro, etc.

Como havia certa dificuldade em enquadrar o delito e, ao mesmo tempo, havia necessidade de puni-lo, a desuniformização de entendimentos era completa. Pudemos verificar maquinistas tidos como culpados pela ocorrência serem suspensos por cometimento de falta grave; como ainda os verificamos apenas repreendidos por desobediência de dever funcional (regra de tráfego ferroviário), tudo em função mais da gravidade do acidente do que, pròpriamente, do grau de culpa.

(18) Não obstante a imprecisão da lei estatutária, o ato punitivo disciplinar, ao que parece, é um ato complexo, em que de um lado intervém a autoridade julgadora no enquadramento da ocorrência e de outro a autoridade superior para infligir em concreto a pena ajustável e proposta pela primeira. É que, sem dúvida, uma das razões mais relevantes do aparecimento no direito administrativo dos atos complexos é a existência de discricção de índole técnica. A discricção que, por exigir graus de conhecimentos especializados, ou a convivência prolongada e exclusiva com o problema, não pode ser usada, sem margem sensível de erro, pela autoridade hierárquicamente superior e politicamente constituída, em geral detentora de todo poder discritivo inerente à competência para administrar. Daí porque o ato é excepcionalmente complexo; daí porque não pode a autoridade agir sem prescindir da opinião vinculativa do órgão técnico discritivo. Nesse sentido, embora a lei estatutária seja um tanto imprecisa, o modo como é aplicada, o sem número de particularidades que enseja, estão a mostrar que o ato punitivo disciplinar deve ser complexo, fugindo à regra normal da competência para emitir o discricionário.

Vimo-los, inclusive, quando altamente lutuoso o acidente, demitidos como incursos no art. 207, n.º VIII, do texto estatutário: "lesão dos cofres públicos e dilapidação do patrimônio nacional". Entendido, naturalmente, na espécie, que o ilícito correspondente à dilapidação do patrimônio se compadecia com a forma culposa e não unicamente dolosa. Alguns eram responsabilizados civilmente perante a Administração pública pelo dano material causado, sem sentença judicial. Outros não, sob o fundamento da notória insolvência do culpado em relação ao montante do dano causado (19). Alguns ainda tiveram seu inquérito administrativo remetido à polícia civil para apuração do crime de desastre ferroviário. Outros não (20).

A embriaguez habitual também gerava no seio das diversas Comissões e autoridades julgadoras entendimentos desencontrados, e, às vezes, até opostos nas suas conseqüências. Em princípio, não havia coincidência na fixação do que vinha a ser habitual ou eventual. Para alguns bastava a verificação de um só estado etílico para autorizar a demissão. Para outros (inquéritos em cidades pequenas onde a apuração é mais fácil) já se procurava constatar a habitualidade. Ainda quando se comprova o costume de beber, dois critérios surgiam: alguns entendiam que o costume de beber importava num vício incontrolável e, portanto, estado patológico. E

(19) A nós nos parece extremamente duvidoso possa a Administração com base unicamente em inquérito administrativo, declarar o funcionário civilmente responsável e cobrar, compulsoriamente, pela via administrativa, a indenização que arbitrar. É certo que o art. 196 combinado com o parágrafo único do art. 197 da Lei n.º 1.711, de 28 de outubro de 1952, rezam, o primeiro, que pelo exercício irregular de suas atribuições, o funcionário responde civilmente; o segundo que a responsabilidade civil decorre de procedimento doloso ou culposo que importe em prejuízo à Fazenda Nacional ou de terceiros, autorizando o desconto em folha na primeira hipótese e cogitando de ação regressiva no segundo. Mas, ao que nos parece, o que aí se prevê, de um lado, é a forma de solução do débito aquiliano, que poderá ser ressarcido mediante o desconto em folha; de outro a afirmação da própria existência da responsabilidade civil. Não assim a possibilidade de poder a Administração declarar *in concreto*, quando existe essa responsabilidade, qual seja a sua extensão e fazer valer o seu direito ao ressarcimento, compulsoriamente. Da mesma forma, o art. 196 declara que o funcionário é responsável plenamente. Mas tal não implica em outorgar poderes ao Executivo para apurar essa responsabilidade e aplicar as sanções respectivas.

(20) Disparidade de tratamento aqui perde a relevância porque, de qualquer modo, em ocorrendo o evento fora do ambiente privativo das repartições, a polícia sempre, por iniciativa própria, abre inquérito, seja para apurar a existência de crime de desastre ferroviário, quando fôr o caso, seja para apurar o de lesões corporais ou homicídio culposos.

daí, ao invés de proporem a demissão, sugeriam a licença para tratamento de saúde em estabelecimento adequado à recuperação, quando com direito a tanto o funcionário. E, verificada a impraticabilidade dêsse, a aposentadoria por invalidez.

O abandono de cargo implica igualmente em crime previsto na lei penal (art. 323).

A falta administrativa importa apenas a materialidade das faltas de 30 dias consecutivos ou 60 interpoladamente sem justa causa. Esse, porém, é um conceito fluído, extraído ao sabor dos critérios de qualquer autoridade julgadora.

Já o crime requer o dolo específico (deixar ao abandono a função pública, querendo os resultados funestos). Ao propósito misturavam-se conceitos, muitas vezes com usurpação pela autoridade administrativa de competência que não é sua — a de pronunciar os delitos. Entendia-se, sumariamente, não haver dolo e subtraía-se ao aparelho judiciário o caso que só poderia ser conhecido através de comunicação administrativa.

O art. 213, n.º II, parágrafo único, dispõe que as faltas previstas na lei penal como crimes prescrevem juntamente com êles. Suscitava-se se a falta só prescreveria se o crime correspondente chegasse a tanto, podendo a Administração punir, a qualquer tempo, desde que não ocorrida a extinção da punibilidade criminal, ou se tal implicaria em que a falta disciplinar tivesse um regime prescricional autônomo, cujos termos de fluência se contassem da mesma forma do que no crime. E mesmo quando se optava pela segunda hipótese, aplicações analógicas do art. 109 do Código Penal se faziam, nem sempre razoáveis.

Muitas e muitas outras controvérsias em torno da aplicação da lei — ora sob o entendimento de seu elemento político, ora sob o exato limite legal oposto à competência disciplinar, embora não observados em espécie — poderão surgir e desafiar a uniformização.

As mais importantes — até porque passíveis de atingir direitos subjetivos — dizem respeito à extensão da competência disciplinar em razão da interdependência entre os ilícitos penais e administrativos.

Sabe-se que um grande número de faltas administrativas previstas genericamente nos arts. 195 e 207 do Estatuto envolvem, ao mesmo tempo, delitos praticados por funcionários contra a Administração pública. Crime contra a Administração pública não é

só o peculato. Mas o próprio peculato culposo, o emprêgo irregular de verbas ou rendas públicas, a concussão, a prevaricação, a advocacia administrativa etc.

Mas, ao passo que as faltas têm os seus limites conceituais fixados pela autoridade disciplinar, os crimes já vêm tipicamente regulados em lei.

Poderia, *v. g.*, a Administração deixar de considerar uma ocorrência qualquer irrelevante para efeitos disciplinares quando ela é tipicamente configurativa do delito?

O art. 195, n.º IV, do Estatuto reza constituir falta funcional o servidor se valer do cargo para lograr proveito pessoal. O proveito pessoal, elemento configurativo da falta, é um conceito que fica mais ou menos ao critério disciplinar do administrador.

Já o art. 316 do Código Penal dispõe ser concussão o fato de exigir para si ou para outrem, direta ou indiretamente, ainda que fora da função ou antes de assumi-la, mas em razão dela, vantagem indevida.

Assim, poderia o conceito administrativo de proveito pessoal ser mais estrito do que a simples vantagem indevida de que fala a lei penal e no final de contas o crime abranger maior número de hipóteses do que a própria falta administrativa?

Teria aqui relevância a discrição assegurada doutrinariamente ao agente disciplinar, se a própria lei obriga a demitir em se tratando de crime contra a Administração pública?

Que importa não estar, ao ângulo administrativo, o indiciado incurso no art. 195, n.º IV, do Estatuto, se, praticada a concussão, é obrigatória a sua demissão nos termos do art. 207, n.º I, desse mesmo Estatuto?

Tendo-se em vista esse inciso n.º I do art. 207, até onde vai a discrição disciplinar no direito brasileiro? Atingiria somente a possibilidade de punir e escolher a pena, quando os fatos não configurassem crime contra a Administração pública?

E, em ocorrendo objetivamente os elementos configurativos dos delitos, tal não obrigaria o enquadramento do indiciado nesse inciso n.º I, para efeito de comunicar o fato à polícia civil e fazer correr a prescrição da falta tal qual flui no direito criminal?

Subsistiria à Administração a possibilidade de enquadrar a falta noutro inciso e com essa providência se eximir de fazer a comunicação do fato ao Judiciário e ignorar a prescrição criminal?

Não tem ela o papel de fiscalizadora da lei penal no âmbito restrito de suas dependências internas?

E para demitir pelo fundamento de prática de crime não se faria mister aguardar o pronunciamento da Justiça Pública, eis que tal é sua competência privativa?

Como se vê, muitas são as hipóteses, algumas de difícil elucidação, que podem ocorrer na matéria a desafiar a uniformização, a criação de um critério único e decisivo a respeito.

A nosso ver, tôda a dificuldade existente é resultado de uma demasia do Estatuto.

Sendo as faltas disciplinares de enunciação meramente exemplificativa e de definição relativamente elástica, evidentemente, não havia necessidade de se dizer, especificamente, no inciso n.º I do art. 207, que o servidor será demitido se cometer qualquer dos crimes praticados por funcionários contra a Administração pública. Todos êsses crimes já estão implicitamente capitulados na lei estatutária como no caso de demissão. Ou por outra, tem o administrador competência legal para demitir, independentemente daquele inciso n.º I, pela prática de qualquer dos atos definidos na lei penal como crimes contra a Administração.

Mas a dizê-lo, deixou a impressão de que os casos passíveis de demissão eram de um lado especificamente os crimes praticados por funcionários contra a Administração pública e, de outro, outras tantas ocorrências que não os configurando, pudessem, ainda a juízo da autoridade, ensejar a pena.

Assim, deixou a impressão de que em certos casos — naturalmente os mais relevantes porque envolvendo ao mesmo tempo crimes definidos na lei penal — a autoridade administrativa ficou submissa, na sua competência para punir, ao pronunciamento da Justiça Pública. Tôda vez que o evento configurasse crime justificada estava a demissão. Mas o procedimento disciplinar ficaria na dependência do que viesse a dizer o Poder Judiciário.

Mas não se pode interpretar o Estatuto como dispondo que os casos puníveis com a demissão são, de um lado, os crimes contra a Administração tipicamente regulados em lei e de outro, uma série de procedimentos funcionais não alcançados pela tipicidade criminal. Deve-se interpretá-lo no sentido de que são passíveis de demissão uma série de procedimentos funcionais genéricamente fi-

xados em lei, dentre os quais, alguns constituem delitos contra a Administração pública.

Dessa forma, não se deve emprestar conteúdo normativo ao inciso n.º I do art. 207. Mesmo quando fôr invocado, não se deve interpretar que o motivo ou a causa para a demissão foi a prática de crime contra a Administração pública, mas sim e sempre a prática de falta funcional relevante, capaz de ensejar a pena cominada.

A não ser assim, será eivar sempre o ato administrativo de praticado sem justa causa, pois quem pronuncia crimes é a Justiça Pública, a sentença e não o ato administrativo.

Será manietar o poder disciplinar no exercício da sua competência, e levar a interpretação do texto normativo, no seu sistema, a uma absurda consequência: não se tratando de crime a Administração poderia, de pronto, sanear os costumes administrativos afastando o servidor; tratando-se de delito, onde com maior urgência se impõe a medida disciplinar, o administrador ficaria impedido de usar a sua competência, na dependência do que dissesse o Poder Judiciário.

E nem tal entendimento perturbaria o reflexo da falta administrativa no direito penal. Desde que essa falta configurasse igualmente crime, independentemente de seu enquadramento, que seria sempre o de uma falta funcional, o fato seria comunicado à polícia civil para fins de inquérito.

Se, afinal, terminada em todos os seus trâmites a ação criminal, não se apurar crime, a punição disciplinar, porque motivada, não pela prática do crime, mas de uma falta disciplinar, subsistiria em todos os seus efeitos, desde que houvesse, naturalmente, o fato em si.

É certo, dir-se-á, que não emprestar conteúdo normativo ao art. 207, n.º I, do Estatuto é permitir que o administrador possa considerar ocorrências tipicamente criminais sem relevância para o ângulo administrativo. Mas, evidentemente, há de se pressupor no administrador um certo discernimento ético, capaz de não ensejar tais oportunidades.

### PARTE TERCEIRA

Ora, bem, como se viu, a lei estatutária, salvo quando trata dos reflexos da falta disciplinar no direito penal, deixa mais ou menos ao critério administrativo o enquadramento dessa ou daquela ocor-

rência e, em função do enquadramento, a aplicação dessa ou daquela pena, tendo-se em vista, o padrão de disciplina a preservar.

Mas, enquanto nos outros setores das atividades administrativas, quando se trata de dar liberdade ao critério administrativo, a consumação do ato está sujeita à intervenção de um só órgão ou ente a quem cabe excogitá-lo, aqui o ato sofre a ingerência dos mais variados órgãos, dando ensejo a soluções desencontradas, a padrões disciplinares diversos.

Urge, pois, em nome da boa consecução administrativa, encontrar uma fórmula que ponha o exercício do discritivo disciplinar na sua justa linha; que o permita, a exemplo do que ocorre nos outros setores do Poder Público, espelhar em dado momento, senão a exata medida do interesse público, pelo menos um critério único, uma diretriz determinada.

Poder-se-ia, ao propósito, preconizar a emissão de um ato normativo — possivelmente um decreto, ou talvez melhor, instruções, dado ao seu sentido detalhista — tornando a lei, de si elástica, em um instrumento mais casuístico.

Poder-se-iam baixar atos normativos para definir, ao prisma disciplinar, o que vem a ser abandono de emprêgo, incontinência pública, falta grave etc. Onde o elemento subjetivo é relevante e em quanto o é para distinguir no enquadramento do fato e, em consequência, na dosagem da pena a ser efetivada por quem de direito; como devem proceder as Comissões de Inquérito e a autoridade julgadora em caso de ocorrência simultânea de ilícito penal e administrativo, dando ênfase ao seu papel de simples fiscalizador da lei penal no âmbito administrativo e não de pronunciar *a priori* a existência de delitos, como efetivar a responsabilidade civil, etc., transformando as faltas administrativas de meros conceitos gerais emitidos em lei, em atos certos e determinados.

É certo que, em tese, ninguém até hoje se lembrou de levantar que o direito estatutário disciplinar não é auto-aplicável, dependendo de regulamentação complementar. E, em realidade, tem êle sido aplicado, através de vários Estatutos, sem necessidade desses atos.

Mas a verdade é que, da maneira peculiar como é aplicada (várias autoridades que fazem o enquadramento da ocorrência) e o modo elástico como é redigida, a lei deixa muita dúvida sobre como executá-la. E a existência dos atos normativos no direito administrativo responde, em princípio, a essa necessidade. Quando a lei, por

si só, é ambígua na sua autorização, deixando ao seu executor a escolha do modo de pô-la em execução, impõe-se o ato normativo da autoridade, fixando em definitivo o critério a seguir, definindo o que o instrumento legislativo lhe deixou para definir; fixando o alcance que o legislador lhe permitiu fixar (21).

A solução, embora possível, em tese, apresenta, porém, alguns inconvenientes.

Sendo o ato normativo (decretos, instruções etc.) quase leis, no sentido material, teriam o inconveniente de estatizar muito o problema disciplinar. A mobilidade dos padrões disciplinares, em si relativa, estaria sempre exigindo derrogações de certos princípios assentes, a criar, talvez, problemas de direito intertemporal e a impedir, quando preciso, o saneamento dos costumes administrativos.

A par disso, a responsabilidade funcional variaria, ora mais rígida, ora mais frouxa, em razão da atividade de cada setor administrativo, a exigir um ato normativo muito pormenorizado, impossível, talvez, de preencher tôdas as suas finalidades.

Melhor, a nosso entender, seria a criação de meras instâncias administrativas revisionais, especializadas no trato dos problemas disciplinares que, se colocando entre a autoridade que faz o enquadramento da ocorrência e a que aplica a pena, iria aos poucos uniformizando a discricção.

Não se trataria de contencioso administrativo, pois que, antes de tudo, a matéria a resolver seria, na maioria das vezes, de mero gracioso administrativo. Os pedidos, quando colocados pelas partes, não seriam, na sua maioria, no sentido de que a Administração exorbitou da sua competência disciplinar, mas que o critério punitivo, excogitado rigorosamente dentro da lei, não se afiguraria o mais justo, dada a existência de precedentes ou mesmo a natureza especial da hipótese. E quando outro fôsse o caso, quando se tratasse de matéria contenciosa, restaria sempre o recurso ao Judiciário.

A idéia, em si, não é exatamente nova. No Brasil, a propósito das relações entre empregados e empregadores, chegou-se a criar

(21) *El control administrativo sobre la actividad discrecional se funda en el principio superior que domina a toda la actividad: la unidad funcional. Este derecho de "surveillance", como lo califica MAYER, no entiende solamente la intervención del organo superior para modificar, rectificar o anular las gestiones erroneas del inferior. Este derecho de la superioridad tambien se manifiesta através de directivas, circulares, regulaciones, actividades previas de conocimiento e información* (BARTOLOMÉ, pág. 158).

um órgão integrado no Poder Judiciário — a Justiça Trabalhista — outorgando-lhe competência não só para dirimir matérias tipicamente contenciosas, como também questões de ordem puramente discricionária, autorizando-lhe a dizer, em nome da harmonia dos fatores da produção, quando existe a justa causa para a rescisão do vínculo de trabalho, o que se deve entender por improbidade, desídia, etc.

Mesmo no ramo tributário, de direito estrito, onde nenhuma é a discricção administrativa, já se cogitou de criar o Conselho de Contribuintes para dar uma norma única ao Fisco no modo de fazer incidir os impostos. E a propósito da acumulação de cargos, a lei criou uma Comissão Especial para uniformizar os critérios e dizer quando existe a acumulação proibida e quando essa acumulação é ou não de boa-fé.

BARTOLOMÉ A. FIORINI, em sua citada obra *La Discrecionalidad En La Administración Pública*, estudou, sob todos os ângulos, a discricção administrativa, asseverando que, hoje em dia, dada a grande quantidade de atividades que o Estado engloba, urge encontrar uma solução que garanta ao ato discricionário um mínimo de eficácia ética.

E a propósito de seu contrôle, adverte que nos países onde se adota o sistema judicialista, em que grande é a preocupação de se evitar que o Judiciário se imiscua na esfera privativa do Executivo, tem-se cogitado da criação de um sistema de contrôle administrativo sobre a sua própria discricção, através da criação de instâncias administrativas revisionais (22).

TEMÍSTOCLES CAVALCÂNTI em seu *Tratado* assevera mesmo que tal é freqüentemente usado no direito anglo-saxônico (23).

(22) *"En los países regidos por el sistema judicialista se pretendió limitar la libre discrecionalidad de la administración por medio de las instituciones llamadas "legislación delegada" y "comisiones especiales administrativas". La primera establece que la administración podrá reglamentar ciertas clases de actividades bajo la tutela legislativa; la segunda crea un cierto control jurídico-técnico por medio de organismos que actúan dentro de la administración"* (BARTOLOMÉ, pág. 18).

(23) TEMÍSTOCLES CAVALCÂNTI (*Tratado de Direito Administrativo*, volume VI, pág. 193): "Outra solução, muito na ordem do dia e originária do direito anglo-saxônico como capaz de limitar a certos campos a discricção administrativa, é a da constituição de comissões nomeadas pelo Governo e cuja finalidade seja decidir certos litígios entre o público ou certas entidades e o Estado. O que caracteriza a ação quase-judicial dessas comissões é o relativo arbítrio do juiz, isto é, uma subordinação menor à lei, prevalecendo um critério mais administrativo."

O discricionário, sob êsse tratamento, seria, assim, cada vez menos meramente político, deixando de ser obra do simples bom-senso do estadista, para se transformar em problema de técnicos. Onde a complexidade do assunto estivesse a exigir maior dose de conhecimentos do que a simples ponderação do administrador, o discricionário passaria a ser mais técnico, menos político.

E disso é que, sem dúvida, anda precisando o nosso direito disciplinar.

## P A R E C E R E S

### **MANDATO DO GOVERNADOR ELEITO EM 1960. FUNDAMENTOS CONSTITUCIONAIS DA LEI N.º 3.752. DIREITO ADQUIRIDO AO EXERCÍCIO DE CARGO ELETIVO**

#### I

O Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, de 18-9-1946, dispõe:

“Art. 4.º — A Capital da União será transferida para o planalto central do país.

.....  
§ 3.º — Findos os trabalhos demarcatórios, o Congresso Nacional resolverá sobre a data da mudança da Capital.

§ 4.º — Efetuada a transferência, o atual Distrito Federal passará a constituir o Estado da Guanabara”.

A Lei n.º 3.273, de 1.º-10-1957, realizando o mandamento constitucional, no seu artigo 1.º, assim foi redigida:

“Art. 1.º — Em cumprimento ao artigo 4.º e seu § 3.º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, será transferida, no dia 21 de abril de 1960, a Capital da União para o novo Distrito Federal, já delimitado no planalto central do País”.

Para organizar a nova unidade federativa, criada por força do preceito constitucional, a Lei n.º 3.752, de 14-4-1960 (Lei SAN TIAGO DANTAS), ditou normas à estruturação da autonomia estadual. São preceitos seus:

“Art. 1.º — Na data em que se efetivar a mudança da Capital Federal, prevista no art. 4.º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, o atual Distrito Federal passará, em cumprimento ao que dispõe o § 4.º do mesmo artigo, a constituir o Estado da Guanabara, com os mesmos limites geo-