

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

REVISTA DA CONSULTORIA GERAL DO ESTADO

PUBLICAÇÃO DO INSTITUTO DE INFORMÁTICA JURÍDICA

ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

RCGE	Porto Alegre	v. 6	n. 15	p. 1 a·198	1976
]	

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

Catalogação pela Equipe de Documentação e Divulgação da CGE Os artigos de doutrina não representam, necessariamente, a posição da Consultoria-Geral do Estado do Rio Grande do Sul Synval Guazzelli — Governador do Estado

José Maria Rosa Tesheiner — Consultor-Gerol do Estado

Jorge Arthur Morsch — Coordenador do Instituto de Informática Jurídica

COMISSÃO ORGANIZADORA DA REVISTA

Mária Bernarda Sesta

Antônia Estevãa Allgayer

Verena Nygaard Becker

Silvia La Porta de Castra

Maria Izabel Elíbia de Araúja Ribeira Fonyat

Laura Carrêa Oliveira

Suzana Maria Heller

Raque Antânia Amnes

SUMÁRIO

DOUTRINA

ANDRÉ DUNES	O Abstrat: problemas da informática em direito	11
NORBERTO LUIZ GRIFFA	Pressupostos lógicos e epistemológicos da linguagem jurídica	51
PLAUTO FARACO DE AZEVEDO	Dois estudos sobre o Direito Natural. 7	77
ANTONIO ESTEVÃO ALLGAYER	A família à margem do casamento 11	5
MARIO BERNARDO SESTA	Cessão de funcionários a sociedades de economia mista e as fundações oficiais	25
PARECERES		
MANOEL ANDRÉ DA ROCHA	Exercício de Secretaria Municipal por Vereador	7
JOÃO SOARES CARRICONDE	Falsidade documental enseja demis- são qualificada 16	3
MÁRIO NUNES SOARES	Vigência de orçamento não aprovado pela Câmara Municipal 16	9
MARÍLIA DE OLIVEIRA AZEVEDO	Concessão de Serviço Público convertida em permissão 17	7
MAURICIO AZEVEDO MORAES	O SESI, a CEEE e os impostos municipais	3
MAURÍCIO AZEVEDO MORAES	Taxa municipal de licença de escritório de advocacia	9

DOUTRINA

O ABSTRAT:

PROBLEMAS DA INFORMÁTICA EM DIREITO

ANDRÉ DUNES

Redator-Chefe da Coleção Dalloz Sirey. Responsável pelo curso de Informática Jurídica nas Universidades de Paris I e de Paris XII.

Ciência nova, a Informática já foi incluída no currículo de escolas e faculdades. Seu respectivo desenvolvimento deflui principalmente do progresso da eletrônica, que possibilitou a utilização de potentes máquinas e, por meio destas, a organização de centros de pesquisa automática. Marca esse fato o término da pesquisa dita manual, por oposição àquela. Daí para o futuro os engenheiros de organização poderiam explorar com êxito o domínio da documentação não-numérica. Havia-se incidido no erro de acreditar que a competência dos computadores se limitaria às questões cifradas, de contabilidade e de cálculo. Atualmente se sabe que as idéias, desde que transformadas em cifras, podem ser tratadas pela máquina.

Permite esta armazenar e classificar em suas memórias enorme quantidade de números, somas, documentação. Oportuniza acessos múltiplos a esta última, através de contatos ultra-rápidos. Deste modo torna-se fácil toda e qualquer pesquisa.

Como o direito, incluído entre as demais ciências, depende de ampla utilização da pesquisa, importa esteja o jurista familiarizado com as suas fontes. A coleta de elementos que ele realiza através da pesquisa manual é longa e fastidiosa. Supõe lidar com copiosos e pesados volumes, manuseá-los, consultar tabelas, catálogos, índices, rubricas, subdivisões, com nomenclatura heterogênea.

Tradução de "L'abstrat: problèmes de l'informatique en droit" (Roma, Società Editrice del Foro Italiano, 1969) autorizada pelo autor e editora. Tradução de Antônio Estevão Allgayer.

Acresce que o resultado é aleatório: dependendo das qualidades do pesquisador, pode ser mau, mediocre, bom, melhor, sem nunca ser exeelente. E ninguém dispõe de biblioteca particular completa.

A pesquisa automática livrará o jurista de todos esses incômodos (1).

Sua característica é opor qualidades aos defeitos da pesquisa manual: é rápida, total, atual, condicionada, retificada, científica.

- Rápida: Alguns minutos são suficientes para transcrever em código a pergunta feita e alguns segundos para obter-se a resposta do computador. A rapidez de execução é tão espetacular que provoca surpresa e admiração nos espectadores.
- Total: Como a documentação consignada na memória é extremamente completa, e o computador percorre todos os seus registros, pode o usuário estar seguro de que nenhum elemento de informação escapará ao exame.
- Atual: A medida que são promulgados os textos ou tomadas as decisões, seu conteúdo entra na memória com o mínimo de atraso. A atualização é constante e imediata. Numa época em que os juristas ficam desorientados em virtude da afluência descompassada de leis, a solução do problema da atualização é algo precioso.
- Condicionada: O computador tem a vantagem substancial de permitir acessos múltiplos à documentação armazenada. As perguntas

podem ser, destarte, colocadas em móveis diferentes e formuladas com maior ou menor precisão. Quem as faz pode escolher o grau de generalidade ou de análise. Pode reduzir ou aumentar o âmbito do exame.

- Retificada: Os "informaticistas" distinguem entre a linguagem clara (denominação imprópria, porquanto na realidade assim se designa a linguagem comum, com todas as imprecisões que envolve), e a linguagem repetitiva, correspondente às qualificações corretas da documentação armazenada. Graças, essencialmente, ao "thesaurus", o computador retificará a forma da pergunta feita. Se ela for inábil (inepta), permitirá ser melhorada. E, em número bastante elevado de casos, esta retificação se processará automaticamente, através de sistemas de eqüivalência. O pesquisador inábil transformar-se-á, deste modo, em interrogador capaz.
- Científica: Embora o objetivo essencial seja obter resposta utilizável, prática, adaptada exatamente à pergunta feita, a máquina permite a investigação científica. Aqui se perceberá a ligação com o condicionamento. O grande número de acessos, e a possibilidade de percorrer os campos de informação por caminhos diversos, favorecem o exame científico.

O quadro parece idílico: todo jurista, ainda que inexperiente, irá, pois, beneficiar-se da soma de experiências humanas na pesquisa e nas técnicas jurídicas. Todo utilizador estaria em condições de tornar-se pesquisador universal?

É lícito esperar-se que sim. É o desafio que a pesquisa automática lança: ou tudo ou nada. Automação pressupõe perfeição. É pela qualidade dos resultados que o sistema será julgado. A rentabilidade aparecerá tão logo se verifique a segurança da pesquisa e da informação.

Ora, isto não é problema do "informaticista". Com o fornecimento dos meios suficientes, das máquinas e dos programas, terá ele cumprido a sua parte contratual. Fornece os meios. Terá feito, além disto, salutar advertência aos juristas: as máquinas não passam de aparelhos de tratamento e aprimoramento da informação. Mas, se elas podem res-

⁽¹⁾ V. o relatório Weinberg, Atala, dezembro de 1963, para os Estados Unidos e, para a França, o relatório Boutry, D.G.R.S.T. Comissão de Estado e de documentação, abril de 1963. — V. BUFFELAN, Prospectiva da Informática nas ciências jurídicas. D. 1967, Chron., p. 107 — CATALA e FALGUEIRETTES, O Tratamento da informação jurídica em eomputador, J. C. P. 1967. 1. 2052 — DELAHODDE e MIGNOT, O tratamento da informação jurídica, Relatório do 66.º Congresso de notários, Grenoble 1968 — 1969; GILLI, O jurista e o Computador. D. 1967, Chron., p. 47; MEHL, As ciências jurídicas face à automatização, Cibernética, vol. 3, n.º 1 e 2, Namur 1960; C. TAPPER, A pesquisa da informação jurídica por computador, Conferência mundial da paz pelo direito, Genebra, 1967, A DAVID, A pesquisa documentária automática aplicada ao direito, Rev. Intern. Div. Comp. 1968. 629, e a bibliografia citada, assim como, no mesmo número dessa revista, os artigos de MEHL, KAYTON, BIBENT, VÉRIN e PETTITI.

tituir a documentação que lhes foi confiada, favorecendo e multiplicando os acessos, nada poderão restituir além daquilo que ingressou em sua memória. Vale dizer que o valor da informação que se encontra na máquina em caso algum poderá aumentar.

O valor do sistema vai depender, portanto, na essência, dos analistas: a estes cabe a difícil missão de fornecer ao computador o máximo da matéria informativa das fontes do direito.

É tarefa deveras delicada. Efetivamente, será impossível consignar em memória todas as fontes do direito em seu conteúdo literal. Mesmo na pesquisa manual impõe-se o resumo das soluções. É, pois, indispensável transformar a matéria informativa em fichas de informação. É verdade que esse trabalho tanto pode ser executado pelo computador como pelo homem. A máquina tem a capacidade de estabelecer uma estatística das palavras empregadas nessas fontes e, a partir desta, propor um léxico. Todavia, parece que é melhor e de qualquer modo menos oneroso recorrer a analistas, que são juristas especializados.

O trabalho destes consiste em reduzir a sete ou oito palavras ou expressões o conteúdo de textos ou de decisões judiciais, após definirem a unidade de análise.

Todo valor em informação a partir da fonte será destarte traduzido naquilo que se denomina um abstrat.

Abstrat é termo novo. Derivado de palavra anglo-saxônica (abstract), mas de etimologia latina, designa ele uma realidade antiga de mais de século. Desde 1826, encontram-se no "Dalloz" "indexações" por abstrat (2).

Realidade antiga, designação nova: o progresso consiste na substituição das expressões "cabeçalho" ou "palavras-chave", utilizadas antes, pela palavra "abstrat". Contudo, substancialmente é o **abstrat** uma qualificação tradicional da matéria jurídica.

EXEMPLOS DE ABSTRATS

ABSTRATS LEGISLATIVOS

REGISTRO, venda, doação, sucessão, direitos de troca, obra de arte, dispensa, Estado donatário, — SUCESSÃO, obra de arte, registro, direitos de mutação, dispensa, Estado donatário. — DOAÇÃO, obra de arte, registro, direitos de mutação, dispensa, Estado donatário. — VENDA, obra de arte, registro, direitos de mutação, dispensa, Estado donatário.

Lei n.º 68-1251 de 31 de dezembro de 1968,

destinada a favorecer a conservação do patrimônio artístico nacional (J.O. de 3 de janeiro de 1966, p. 77).

ORÇAMENTO, exercício de 1968, lei retificativa de finanças. — CÓDIGOS, Código Geral dos Im-

postos, art. 279 C, alteração (art. 6.°). — COMUNA, comunidades urbanas, cantinas comunitárias (art. 20). — MERCADOS — FEI-RAS — VENDAS, vendas de intcresse nacional (art. 18). — HI-DROCARBURETOS, óleo doméstico, renda anual (art. 2.°). — IMPOSTOS DIRETOS, imposto de renda das pessoas físicas, redução (art. 1.º). — LOCAÇÃO, "baux" comerciais, vendas de interesse nacional (art. 18). — TA-XAS: 1.º cálculo de negócios, valor acrescido: a) receita das cantinas das empresas (art. 5.°); b) operações de venda, comissão e corretagem sobre animais vivos (art. 3.°), 2.° direito de circulação, tarifa (art. 4.º), 3.º taxa especial de equipamento, estabelecimento público do Baixo-Sena (art. 19); 4.º comunidades urbanas. cêntimos comunitários, prestação (art. 20) — VINHO, direito de circulação (art. 4.º).

⁽²⁾ Os práticos do direito dão o nome de "indexação" à operação que caracteriza textos ou decisões por abstrats. Esse uso, aliás, é generalizado e, seja qual for a técnica considerada, chama-se indexação a operação que consiste em vincular um documento—independentemente de sua forma e de seu conteúdo— a um certo número de conceitos, cujo conjunto representa "a imagem" do documento analisado.

⁽³⁾ E, de modo mais geral, todas as fontes eficazes do direito; usos, circulares, práticas administrativas, respostas ministeriais, acordos coletivos, etc.

Lei n.º 68-687

de 30 de julho de 1968. Retificação das finanças de 1968

(J. O. 1.º de agosto, p. 7467).

ABSTRATS DE JURISPRUDÊNCIA

CIV. 1.°,-junho-1968. — FILIA-ÇÃO NATURAL, investigação de paternidade, processo, debates, publicidade — PROCESSO CIVIL, julgamento, debates, publicidade, filiação natural, investigação de paternidade.

CIV. 2.º, 12-junho-1968. — RES-PONSABILIDADE CIVIL, falta, vias de comunicação, prioridade especial, sinalização sonora, automobilistica, desatenção.

COM. 8-junho-1968. — 1.º e 2.º FUNDOS DE COMÉRCIO, venda,

privilégio, contrato de locação, rescisão, cláusula resolutória, pedido, notificação, ordem de desocupação. — AGENTE COMERCIAL, responsabilidade, fundos de comércio, venda, vendedor, ordem de desocupação, não-transmissão.

SOC. 7-junho-1968. — ACIDENTES DE TRABALHO, terceiro responsável, caixas, recursos, "pretium doloris".

RIOM, 5-março-1968. 1.º e 2.º RESPONSABILIDADE CIVIL, falta, abuso de direito, propriedade, tapume, intenção de lesar. PARIS, 7-maio-1968. — SEGURO SOCIAL, cotizações, cálculo, periodicidade das remunerações, artistas de espetáculo.

TRIB. CORR. DE GRASSE, 15-junho-1968. PUBLICIDADE CO-MERCIAL, publicidade mentirosa, sanções, venda de imóveis, aplicação, má-fé.

Em pesquisa automática os abstrats constituem elementos de informação. São compostos, conforme dissemos, de um certo número de palavras, traduzindo conceitos. Cada um desses conceitos é codificado, transformado em numero. Através destes conceitos, qualificados como "unidades", a documentação jurídica será primeiro armazenada, para ser, após, revelada, na oportunidade de cada pergunta.

Elemento de base do abstrat, a "unidade" (4) é o elemento básico de informação: Ela é unidade de armazenagem, pois vai servir

para classificar a documentação a ser introduzida na memória da máquina. É unidade de pesquisa, já que a pergunta se fará igualmente por intermédio de um conceito traduzido em cifras.

Comprecade-se de imediato a considerável importância do abstrat e de seus elementos, e o interesse de delinear-se uma teoria a seu respeito.

Uma pergunta que logo surge: Será unitária a teoria do abstrat? Ou, por outra, dever-se-á proceder ao exame separado do abstrat legislativo e do abstrat de jurisprudência (5)? Deverá o estudo ser específico, limitado a uma fonte, ou, ao contrário, conviria estabelecer teoria globalizante, aplicável a todo o direito positivo?

Em direito, assim como nas outras disciplinas, o abstrat deve ser tratado como unidade homogênea. Configura-se como aberrante, assim, a distinção entre abstrat legislativo e abstrat de jurisprudência ou de doutrina. A distinção clássica das fontes de direito não deve ser aplicada à metodologia dos abstrats. Na realidade, não há equivalência entre as três categorias de abstrats (legislação, jurisprudência e doutrina). Podem arrolar-se em cada uma delas muitas características específicas (6). Mas a sua distinção é estranha à informação jurídica.

O objetivo, a finalidade da informação é fornecer soluções, seja qual for a fonte de que estas dimanem. A lei, que é a primeira e a mais eminente das fontes de direito, não pode ser isolada; tão pouco a jurisprudência ou mesmo a doutrina. E isto pela razão essencial de que as fontes de direito são solidárias.

A fonte capaz de fornecer essa solução varia de acordo com a dinâmica própria dessas fontes, de natureza evolutiva. A extensão

⁽⁴⁾ Para a justificação do emprego do termo veja adiante, nota 26. Em francês criou-se o neologismo "unat" (Nota do tradutor).

Os abstrats de doutrina não serão estudados aqui. Com efeito, armam eles sobretudo questões, tornadas clássicas, uma espécie de prestação de contas de leituras feitas. A principal diz respeito ao grau de análire: caberá considerar apenas o titular ou será preciso estudar de modo mais preciso o conteúdo dos artigos, arrolando as principais idéias expostas?

⁶⁾ Será feito registro destes caracteres específicos por ocasião dos desenvolvimentos posteriores, relacionando-os aos problemas gerais que lhes são concernentes.

progressiva do domínio legislativo conduz à intervenção de leis novas nas matérias que não eram, até então, objeto de legislação. No dia imediato à aplicação do novo texto, na "terra de ninguém jurisprudencial", os comentadores, adivinhos das dificuldades futuras, exercitam-se em imaginar os problemas de interpretação. A seguir intervêm, sucessivamente no tempo, os julgamentos de primeira instância, os acórdãos de cortes de apelação (ocasionando por vezes controvérsias entre si); e, enfim, os acórdãos da Corte de Cassação (7).

Dependendo do momento, a fonte eficaz de direito se localiza num ou noutro desses diversos documentos. Como a informática tem por objetivo garantir o jurista contra a dificuldade de localizar as soluções, deverá ele visualizar prospectivamente a documentação: a investigação da máquina é total. O pesquisador, o interrogador, ignora a priori em que fonte encontrará a solução. Não costuma o legislador consagrar no texto soluções jurisprudenciais, assegurando, a seu talante, frequentes transferências?

Não é oportuno, pois, fornecer aos juristas elementos de uma teoria de preferência, no que concerne aos **abstrats** de jurisprudência ou aos **abstrats** legislativos. Do mesmo modo, se a pergunta for bastante ampla, a máquina responderá por um fornecimento quase simultâneo de textos, de acórdãos e de doutrina.

Disto se dessume que a teoria dos abstrats deve ser unitária.

O estudo do abstrat tradicional (I) nos levará a apreciar a incidência, sobre os abstrats, das técnicas da pesquisa automática (II).

I — O ABSTRAT TRADICIONAL

Resultante da análise da documentação, o **abstrat** deve refleti-la fielmente. Sua autenticidade será, pois, assegurada (1) através de uma ordenação científica de suas estruturas (2).

A qualidade da documentação depende de sua segurança. Uma referência errada eausa desgosto ao pesquisador. A falta de exatidão na análise das fontes é irritante.

Importa, pois, que o abstrat seja autêntico, isto é, retrace, com toda a fidelidade, a solução adotada pelo legislador ou pelo juiz (8).

O abstrat é apenas o reflexo das fontes de direito, mas em forma de surpreendente resumo. Para ser autêntico e fiel, exige ele boa qualidade de análise da documentação (A), bem como boa qualidade da síntese da qual ele procede (B).

A. — ANÁLISE

Supõe ela a exatidão e a definição de um grau.

a) Exatidão da análise

A facilidade da análise depende da qualidade da matéria a qual ela se estende. Se as decisões da Justiça, na França, se caracterizam pela boa redação, as técnicas legislativas são de má qualidade.

Em análise exigem-se conhecimentos especiais de parte dos que a realizam.

A qualidade da resposta (seja qual for, por outro lado, a qualidade da máquina, do sistema de pesquisa ou do programa) está, portanto, estritamente em função da qualidade do abstrat que representa essa informação "incidente".

Os melhoramentos que podem ser aduzidos à pesquisa, graças às ligações inseridas no "thesaurus", não invalidam em caso algum o princípio acima referido. O esquecimento dessa verdade elementar conduz a resultados idênticos àqueles que se obtém em estatística, manipulando-se, com imenso cuidado e exatidão, dados recolhidos em desordem.

19

⁽⁷⁾ É a dinâmica das fontes de direito que aqui se descreve. Mas quando elas estão melhor fixadas, e relativamente estáticas (como, por exemplo, o direito sucessório), as soluções se reencontram igualmente, seja nos textos, seja nos arestos. Cada ano apresenta uma nova abordagem, tamanha é a fecundidade da imaginação jurídica. E o exame das fontes demonstra que elas são oriundas, conforme a matéria, de épocas mui variáveis.

⁽⁸⁾ Essa exigência é fundamental e concerne tanto à pesquisa automática quanto à pesquisa manual. É condição precípua a ser preenchida em qualquer hipótese. Com efeito, o computador (como o cérebro humano) é uma máquina que "trata da informação". Significa isto que a quantidade de informação inserida nessa máquina só pode diminuir — ou, no máximo, manter-se constante — mas em caso algum aumentar.

∝) A matéria-prima

É constituída essencialmente da legislação e da jurisprudência.

1.º — A legislação é fonte quase impenetrável à análise. Não é objetivo nosso formular aqui uma critica das técnicas legislativas. Se elas forem más, isto se deve, por um lado, à deficiência de método sério e, por outro (9), a motivos de ordem política.

Leis homogêneas, quase sempre de promulgação recente, e cuja qualidade revela unidade de inspiração (10), substituem as "saladas mistas" que são as leis de finanças, cujos artigos albergam dezenas de matérias diferentes.

A desordem é mantida graças a posicionamentos divergentes sobre as codificações. Ora a legislação é codificada, ora títulos ou capítulos inteiros são extraídos dos códigos para constituir regulamentação novamente autônoma. Certos funcionários e magistrados vão aos textos de origem, atribuindo à codificação valor meramente formal. Outros, ao contrário, se inclinam a tomar como única referência as enumerações dos códigos novos. Disso resultam distorções que explicam a adoção de usos contraditórios.

A questão complica-se ainda mais em virtude das incidências políticas. A divisão dos domínios respectivos da lei e do regulamento que a Constituição estabelece acaba por dispersar matéria homogênea entre dois tipos de atos legislativos (11).

A análise da legislação é difícil, portanto. As dificuldades decorrentes da hierarquia dos atos legislativos a tornam ainda mais com-

(9) Trata-se antes de "antimétodos". Efetivamente, exame atento das técnicas legislativas vem demonstrar a existência de práticas habituais, que não podem, todavia, ser qualificadas como métodos, em consequência do caos em que acabam. Estudo sistemático desses procedimentos criticáveis será em breve publicado.

(10) Tais as leis que introduzem reforma da adoção, dos regimes matrimoniais, da tutela, etc.

(11) Tais inconvenientes são mais graves na medida em que o legislador amplia incessantemente o seu domínio: em particular a regulamentação, no sentido formal do termo, é mais abundante desde que o decreto se tornou o ato legislativo de direito comum.

plicada. A matéria prima situa-se fora da lei, que domina essa hierarquia. O decreto, tornado ato legislativo de direito comum, por vezes preceitua a título principal e, outras vezes, constitui a aplicação da lei. As soluções devem, pois, ser extraídas das cascatas dessa hierarquia, a partir da plataforma superior, que é a lei, e, sucessivamente, do regulamento da administração pública, do simples decreto e do acórdão. Não seria hoje a circular, por seu turno, fonte eficaz de direito? A unidade da indexação deverá, por similitude dos **abstrats**, assegurar essas correspondências verticais.

2.º — A jurisprudência — A redação do abstrat supõe a análise da decisão, julgamento ou acórdão. Torna-se ela mais fácil quando é bem concebida e convenientemente redigida. Por felicidade, a jurisprudência francesa apresenta qualidades eminentes de estrutura e de expressão. Nesse domínio é excelente a matéria prima. Se as decisões são concisas e bem postas, deve-se isto em primeiro lugar e talvez sobretudo ao espírito cartesiano.

Encontra ele no direito um domínio eletivo de aplicação. O rigorismo — a quase ferocidade intelectual — não raro aproxima os matemáticos e os juristas. Comparadas às decisões francesas, configuramse, a revés, como refratárias a toda análise as decisões prolixas emanadas das jurisdições anglo-saxônicas ou dos tribunais latinos. Sua amplitude encontra explicação na casuística da "Common Law" e na desconfiança diante das generalizações, ou numa excessiva tendência à filosofia do direito (11a).

Ademais, a qualidade das decisões judiciais resulta dos estudos feitos com vistas ao seu aprimoramento. Releva lembrar antes de tudo a obra notabilissima do Primeiro Presidente Mimin (12). O Primeiro Presidente Aydalot, o Procurador Geral Touffait, o Primeiro Presidente Dechezelles e o Presidente Mallet recomendaram que fosse simplificado o plano e racionalizada a forma das decisões da Justiça (13).

⁽¹¹a) La tendenza degli studiosi anglosassoni è, infantti, nel senso di impostari la ricerca automatica sul testo integrale delle senttenze e non sugli "abstrats": metodo KWIC e simili (n.d.r.).

¹²⁾ P. MIMIN, Le style des jugements, 2e èd.; cfr. GORLA, Lo stile delle sentenze, Quaderni del Foro it. 479 ss.

⁽¹³⁾ V. especialmen'e TOURFAIT et MALLET, La mort des attendus?, D. 1968, Chron, p. 123; Foro it 1968, V, 502.

Tal esforço supõe a desmitização de uma linguagem esotérica que beira à logomaquia. Diversos Ministros da Justiça, notadamente Foyer, têm denunciado essa tendência e solicitado a profissionais da Justiça que simplifiquem sua linguagem. O Primeiro Advogado Geral Lindon descreveu-a recentemente numa obra sobre o estilo e a eloquência judiciária (14).

Esses esforços têm obtido sucesso, em particular quanto à redação dos julgamentos e dos acórdãos. Os da Corte de Cassação sempre têm sido de elevado gabarito e notável qualidade redacional. Os das jurisdições de base constantemente se aprimoram. O analista que deve arrolar as soluções de jurisprudência pode, portanto, trabalhar em excelentes condições, com matéria de boa qualidade.

A primeira leitura sobressaem não raro as questões nítidas, cujas soluções "saltam aos olhos". Contudo, os óbices que os censos legislativos opõem ao analista deixam prever a multiforme capacidade que dele se exige para que se consiga superá-los.

β) Os analistas

22

Terão de ser, os analistas, técnicos aprovados. Procederão de acordo com um conjunto de métodos definidos de uma vez para sempre (15). Todavia, deverão ser dinamizados conhecimentos diferentes, conforme se trate de abstrats legislativos ou abstrats jurisprudenciais.

1.º) Inobstante as más técnicas legislativas, a operação do analista dos textos é relativamente fácil.

A principal dificuldade é a de assegurar-se a correspondência material entre atos legislativos de natureza formal diferente, de tal sorte que uma indexação única permita harmonizar as soluções complementares sobre idêntica matéria (v. supra, d).

(14) V. R. LINDON, Le style et l'éloquence judiciaires, Albin Michel, 1968.

Uma segunda dificuldade: mais relevante ainda, é a de definir o grau da análise legislativa (v. infra b).

2.º) Para que consigam formular as soluções de uma jurisprudência bem elaborada, os analistas deverão ser bons juristas. A análise que conduz à redação do **abstrat** só deve conter o necessário e o suficiente. Vale dizer que, em outros termos, ela exprimirá toda a solução, mas nada mais do que a solução (16).

Toda a solução: será esta expressa inteiramente sob um duplo ponto-oe-vista:

- Conterá o dispositivo e, se for o caso, o ou os motivos determinantes, a saber, aqueles que se vinculam estritamente com o dispositivo (17).
- O direito e o fato serão igualmente expressos. Muitas análises limitam-se a destacar, do todo de uma decisão judicial, a fórmula que exprime a regra de direito. É erro corrente que se deve denunciar. Na espécie submetida a pronunciamento judicial, muitas vezes não conta o princípio a não ser em função das conseqüências que envolve. Em todo o caso, deve ser restabelecida esta ponte, este liame necessário, entre o direito e o fato. Eis por que, depois do enunciado de um princípio geral, importa relacioná-lo com a matéria submetida aos magistrados. Impõe-se essa prática na redação dos sumários, cuja segunda proposição inicia, não raro, com a expressão "especialmente". É igualmente uma obrigação na redação dos "abstrats".

Com efeito, o fim da pesquisa jurídica é muitas vezes o precedente. Ora, este pode ser definido como o negócio que apresenta condições idênticas, ou pelo menos semelhantes, certamente quanto ao direito, mas também quanto ao fato.

(17) Far-se-á referência, neste ponto, aos estudos do processo, numerosos e detalhados. V. particularmente Enciclopédia Dalloz, Rép. pr. civ., Jugement, por C. GIVERDON, n. 328 s.; Chose jugée, por R. PERROT. n.º 87.

,,--

⁽¹⁵⁾ A segurança da análise exige a unidade dos métodos. Se cada analista procede segundo método individual, nenhum resultado sério se poderá esperar. Impõe-se o trabalho em equipe, sob direção única, a fim de que se obtenha um condicionamento perfeito da documentação armazenada (V. o exemplo do Boletim da Corte de Cassação, cujas indexações e fichas são organizadas sob a direção do Conselheiro Bel).

⁽¹⁶⁾ Es a assertiva pode parecer "herética" ao "informaticista". Toda palavra é, com efeito, portadora de informação. É imperioso, contudo, escolher as informações diretivas por exigência da eficácia. E os problemas da armazenagem são radicalmente distintos dos da pesquisa.

Mas somente a solução interessa. A tarefa do analista culminará na redação de um abstrat. Este será suscinto. Não se deve tornálo pesado, consignando elementos estranhos à solução dada sobre um ponto preciso pela decisão sob exame. O analista cingir-se-á, destarte, assim eomo o faz o bom redator de acórdão, ao ponto de impacto do exame do juiz, balisando a extensão "geográfica" da solução.

Por outro lado, não se deve exagerar a importância da deeisão, transcrevendo-a num **abstrat** abusivo. Esta é a dificuldade mais eomum na análise dos acórdãos da Corte de Cassação. O bom analista conhece e respeita o arsenal das fórmulas usadas pela Suprema Corte em função das modalidades de seu controle.

Efetivamente, a política da Suprema Corte pode influir de modo direto na redação dos abstrats. Por este fato é indispensável que o analista tenha qualidades jurídicas suficientes para conhecer a extensão, em função das matérias, do controle que exerce a Suprema Corte sobre as jurisdições de hierarquia inferior. É digno de menção, nesta altura, o notável artigo escrito no "Repertório de Processo Civil" da Enciclopédia Dalloz pelo Procurador Geral Antonin Besson (18).

Se salientamos até aqui as dificuldades de redação dos abstrats de jurisprudência, será aos abstrats legislativos que iremos dedicar sobretudo o exame do grau da análise.

b) O GRAU DA ANALISE.

Sejam quais forem as fontes do direito traduzidas em **abstrats**, é desejável que se descubra uma hierarquia analítica passível de comparação com vistas a assegurar-se a homogeneidade da análise (19). Exito total seria, aqui pouco provável. Isto se deve ao fato de os pontos de impacto da análise serem menos precisos em legislação do que em jurisprudência.

(19) A análise legislativa será tao detalhada quanto a da jurisprudência, cujo grau é "congênito".

A jurisprudêneia resume o contencioso, que é um estado patológico. Beneficia-se dos esforços de diagnóstico e de tratamento. Os auxiliares da Justiça costumam adelgaçar a análise da questão apresentada aos Juízes, que darão resposta precisa, a posteriori, num documento único, às questões postas pelas demandas. A legislação, ao contrário, è uma previsão. Embora, em se tratando de decreto, os gabinetes ministeriais tendam a imaginar antecipadamente, por previsões não raro exageradas, situações jurídicas detalhadas, a análise legislativa não dispõe de bases muito seguras. Acresce que ela dá margem à hesitação sobre a escolha da unidade a reter, por estar atreita a um quadro formal. Será o próprio texto, por meio de seu título, um capítulo da lei, um artigo desta, ou mesmo uma alínea?

O analista deverá descer até a unidade de matéria dentro da matéria. E ele se encontrará às vezes na presença de problemas muito complexos, por exemplo, quando levar em consideração uma alínea "heterogênea". Ademais, como resolver o problema das "implicações"? Leis e decretos dizem respeito diretamente a determinados conceitos levantados nos **abstrats**, mas implicam em outros conceitos, em cujo regime jurídico eles interferem, e que não foram até o presente arrolados (20).

Se a indexação múltipla é relativamente rara na jurisprudência, ela é frequente em matéria de legislação. Particularmente as leis sobre finanças, nas quais cada artigo se refere a objeto diferente, exigem a redação de dezenas de abstrats. Constata-se, também aqui, a lamentável incidência dos defeitos legislativos.

Nesse Repertório, V.º Cassation, são delineados, conforme a matéria, os limites dos respectivos poderes dos juízes de fato e dos juízes de direito — V. de modo mais geral. G. MARTY, A distinção do fato e do direito, tese, Sirey, 1929.

Não nos estenderemos sobre estas questões, cuja solução advirá de estudos particulares. Para dar uma idéia sobre elas, basta citar os exemplos recentes da Lei n.º 68-12, de 31 de dezembro de 1968, objetivando favorecer a conservação do patrimônio artístico nacional e da lei n.º 69-3, de 3 de janeiro de 1969, referente ao exercício das atividades ambulantes. Esses textos concernem diretamente a numerosos conceitos (Sucessão, Registro, Doação, Venda, e.c.; Domicílio, Vendedores Ambulantes, etc. . .), mas envolvem outros conceitos não analisados (Usufruto, Pessoa Moral, Imóvel, Legados, etc., para o primeiro; Vadiagem, Navegação, Nacionalidade, Preposto, etc., para o segundo). O analista deverá, pois, ser também um generalista.

Forçoso é convir, todavia, que, mesmo nas revistas jurídicas, a análise legislativa se apresenta anárquica na atualidade, por falta de precisão de grau. Sendo homogênea a matéria legislada, a indexação é simplificada em excesso; e, sendo heterogênea, é levada ao último requinte. Qual a razão dessa prática nefasta? Ocorre que, toda vez que à homogeneidade da matéria legislada torna a pesquisa do leitor menos ingrata, os redatores das revistas se exoneram quanto a esta última do esforço de análise e de investigação. Em primeiro lugar, para que não sofra delongas a publicação dos textos, respeitando-se, assim, a exigência de atualidade e evitando-se a sobrecarga do trabalho redacional prévio. Depois, para não indispor os leitores, antepondo ao texto composição maciça de abstrats pouco legíveis. Aparentemente, listas imponentes de abstrats se configuram como herméticas, violentando textos cuja leitura direta proporcionaria informações úteis a juristas prudentes. Efetivamente, a análise detalhada só é útil para obter-se uma visão geral da documentação e para estabelecer diferenças entre as soluções. Entretanto, não parece afeiçoar-se mnito às técnicas de informação jornalistica, que dão suporte a periódicos especializados.

Futuramente será, pois, indispensável proceder-se, de forma sistemática, a uma análise aprofundada, de grau homogêneo. Por não se haver assim procedido no passado, será imprescindível, sem dúvida alguma, reorganizar páginas inteiras de legislação insuficientemente analisada.

Análise e síntese são as duas faces do Janus que é o abstrat.

B. — A SINTESE

a) Em legislação não existe intermediário (21) entre o conteúdo do texto e o abstrat. Nessa medida os riscos de generalização apresentam-se a um tempo maiores e menores. Eles se tornam limitados na medida em que, sendo o abstrat descritivo, o risco de ser infiel é menor. Se o exame for bastante detalhado, se a análise for profunda, desapare-

cerá a necessidade de dominar as técnicas de generalização. Reduzindo-se o substrato da análise, as diferenças serão menores. Ademais, generalidade e abstração são características clássicas da lei. Pelo menos no sentido formal, apresenta estas afinidades eletivas com os abstrats, dotados de características semelhantes.

Inversamente, o prestígio da letra paralisa às vezes a sua transmutação em conceitos.

- b) Em jurisprudência muitas vezes é conveniente sumariar em algumas palavras, através da redação de um abstrat, várias páginas de um acórdão ou de uma sentença. Nesse campo será imprescindível o domínio das técnicas da generalização, precisando-se suas etapas e avaliando-se os riscos que lhe são inerentes.
- «) Etapas de generalização. O docurroto de base da jurisprudência é o texto integral das decisões da justica. Para caracterizá-las será redigido um abstrat, que constitui a síntese em grau máximo. Importa recordar-se que é uma pequena série de palavras pelas quais a decisão será conhecida e classificada. Entre estes dois extremos (texto integral e abstrat), existem vários graus intermediários. Desta sorte, abrangendo o abstrat, encontraremos três graus principais:
- O sumário da decisão: O sumário, às vezes denominado beçalho, consiste num resumo da sentença on do acórdão de dez a vinte linhas. Aparece impresso, de regra, logo após o abstrat, antes do texto da decisão, da qual constitui uma primeira análise. Pode ser mais ou menos detalhado, dependendo de a decisão ser reproduzida a seguir na integra, ou de se destinar à parte intitulada "Sumários", nas diferentes revistas, como única fonte de documentação. Neste último caso, o sumário será mais explícito.
- O sumário "tipo código". É o que se encontra especialmente nos "Códigos Dalloz", nos resumos de jurisprudência escritos ao pédos artigos das leis (22). Trata-se de sumários mais curtos do que os pri-

⁽²¹⁾ Pelo menos não existem intermediários naturais. Pode-se conceber; todavia, para a comodidade dos leitores, o estabelecimento de resumos descritivos, mencionando as grandes linhas de uma legislação. — V. os artigos de M. P. HUGUET para o Sirey de 1956 e 1957.

⁽²²⁾ Por exemplo, sob os artigos 1382 e seguintes do Código Civil ou sob o art. 23, livro 1.º, do Código de Trabalho.

meiros, e que são, de certo modo, sumários resumidos. Em quatro ou cinco linhas enunciam, de forma lapidar, as soluções de jurisprudência. Estas duas categorias têm em comum o fato de serem resumos constituídos das frases inteligíveis, escritas no estilo habitual de expressão. Tal não é o caso do abstrat.

— O abstrat. Este é mais breve ainda. Configura uma série de palavras isolando os elementos essenciais do sumário e descrevendo a solução. As palavras são justapostas, separadas por vírgulas. Precisarlhe-emos a seguir as estruturas (v. infra, ²).

Nestas diversas etapas denotam-se esforços sucessivos de redução, desenvolvidos com vistas à síntese mais e mais rigorosa. Para atingir-se a admirável concisão do abstrat — que deve conter o necessário e o suficiente — é aconselhável passar-se no mínimo por um intermediário. O mais usado normalmente será o sumário de primeira categoria, dito cabeçalho, que todas as revistas adotam. A fidelidade do sumário condicionará a do abstrat. As maiores precauções deverão ser tomadas para a conveniente redação deste último, acatando-se a exigência de autenticidade. Destarte se garantirá o analista contra os riscos que essa generalização envolve.

 β) Riscos de generalização — É lícito imaginar-se um risco de perda e um risco de deformação.

Perda: A redação dos abstrats evoca operações de depuração por filtragens sucessivas. Durante cada uma destas operações poderá perder-se parte da matéria de informação. A perda traduz-se no abstrat por lacunas: seja pela ausência dos conceitos jurídicos, seja por defeito dos elementos de fato característicos de uma espécie. Esse risco se torna dobrado pelo perigo de deformação.

Deformação: Em razão de um movimento natural, o esforço de síntese dirigido à forma é acompanhado pela tendência da abstração, que afeta a idéia. Importa alertar, neste passo, contra o perigo das sistematizações "doutrinárias". Louvável espírito científico pode levar a deformações cujos efeitos seriam catastróficos para a qualidade de fundo da documentação. Efetivamente, é preciso estar atento a que, no

abstrat de jurisprudência em especial, fato e direito se equilibrem. E uma espécie de regra de ouro da matéria. Incide sobre as estruturas do abstrat.

2. — Estruturas do abstrat

Os abstrats existem há muito tempo. Trata-se, pois, de ciência que não é nova e suas estruturas quase não sofreram alterações (23).

Em sua concepção tradicional, o abstrat compõe-se de elementos (A) que se sucedem em ordem hierárquica (B).

A. — ELEMENTOS DO ABSTRAT

São palavras ou expressões (a), às vezes cifras (b), em número limitado (c), pertencentes ao vocabulário e também à linguagem corrente (d).

a) Palavras ou expressões — A frase resume-se em articulações cuja unidade é a palavra. Quando se estabelece uma indexação de extrema síntese — espécie de título às avessas — isolam-se as palavras ou as expressões, para justapô-las num abstrat. A palavra parece preferível à expressão (24). Esta revela a ausência de uma palavra suficientemente evocadora. Mas não passa de um paliativo, uma vez que, composta de duas ou três palavras, sendo estas forçosamente desiguais, seja em relação às outras palavras do abstrat, seja umas em relação às outras, as palavras de uma expressão só adquirem seu pleno realce por associação (25). A expressão não poderia, em caso algum, compor uma frase, visto que a lógica do abstrat supõe a desintegração das frases em seus elementos componentes, e isso para deixar transparecer nitidamente a idéia, para libertar o conceito. A expressão exclui, pois, toda idéia confusa.

⁽²³⁾ Analisar-se-á o grau de perfeição que atingem os primeiros abstrats dos Srs. Desiré Dalloz ou Jean-Baptiste Sirey e seus colaboradores na Jurisprudence générale ou no Recueil Sirey dos anos de 1825 — 1850.

⁽²⁴⁾ Neste sentido abstrat é superior a "palavras de cabeçalho" ou "palavras-chave".

Embora importante no abstrat tradicional, o problema da coexistência de palavras e de expressão não existe para o computador, cujo código é conceptual (V. infra, II, B).

É importante que antes de tudo se qualifique o componente dos abstrats, seu elemento unitário, quer se trate de palavras, quer se trate de expressões. Para os efeitos da pesquisa automática, esse componente foi designado como "descritor" com base, sem dúvida, na função que exerce. Essa denominação afigura-se insuficiente. Impende deixar claro, sobretudo, que, para o futuro, esse "descritor" constitui o conceito — unidade-de-informação. Eis por que pretendemos chamá-lo de "unidade" (26). *

As "unidades" ou "descritores" coexistem no abstrat. Sua proximidade poderia sugerir a existência de relações entre eles. Tal não deve ocorrer. Cada um deles é conceito unitário (cf. infra), c). Não devem ser interpretados uns com relação aos outros, ou uns por meio dos outros. Ora, em pesquisa manual, os abstrats têm sido redigidos, não raro, sem tomar-se em conta essa observação, com o exclusivo cuidado de separar as palavras. A expressão "Bens de Inventário" foi transformada em "Inventário, Bens". "Obrigação por Dívidas" ficou "Dívidas", "Obrigação". Despercebidamente partiu-se o conceito, em favor de falsa superioridade da palavra. Por vezes, a tendência oposta de consagrar expressões, tais como "Fundos de Comércio Iudivisos" tem levado à confusão entre dois conceitos, cuja distinção se fazia necessária. Esses passos provocam uma reação de ordem (v. infra, II, ², A: O grau conceitual).

b) Elementos formais — Em princípio, o abstrat se refere ao conteúdo material das fontes de direito. Pode ele conter elementos formais? Ocorre que os abstrats comportam referências, menções cifradas, que são sobretudo aquelas dos textos. Figuram elas no abstrat tradicional cada vez que o ato legislativo se refere a um precedente, para

RCGE, Porto Alegre, 6(15): 11-50, 1976

modificá-lo ou para ab-rogá-lo (27), ou quando uma decisão se refere a interpretação de um ou de vários (28) textos determinados. Mas elas não se impõem como autênticas, quando o texto é somente examinado conforme acontece frequentemente nos acórdãos da Corte de Cassação (29). Devem ser excluídas quando nenhum texto é citado.

Será necessário, portanto, renunciar-se a ver no abstrat, pelo menos de modo sistemático, uma referência formal a textos ou cifras. Sua vantagem consistiria em permitir um controle dos elementos materiais pelos elementos formais, bem assim um duplo acesso à documentação pela data do texto e pela matéria regulada. Entretanto, essa dupla indexação será realizada sempre que possível.

c) Número dos elementos ou "unidades". Freqüentemente, tal como sucede com relação aos discursos ou trabalhos escritos, os melhores abstrats são os mais curtos. A brevidade — nós o salientamos. — (v. supra, I) não deve conduzir à amputação. Sofreria com isso a autenticidade. Mas a concisão é a suprema lógica do abstrat, que deve manter-se lapidar. Com efeito, não é a extensão alentada do abstrat o seu elemento determinante, e sim a profundeza de sua análise. Configuraria abuso, por isso, a pretensão de circunscrever-se o abstrat a determinado número de elementos. Só uma ordem de extensão pode ser proposta: cerca de seis a sete palavras para uma decisão da jurisprudência, quatro ou cinco para um artigo de lei ou de decreto (30).

⁽²⁶⁾ Nesta palavra, o radical "um" corresponde à idéia de unidade de informação e a desinência recorda a filiação com o abstrat. — Empregaremos, indiferentemente, ao longo deste estudo, as palavras "unidade" e "descritor" para designar o elemento básico do abstrat. V. sobre o abstrat jurídico, DELAHODDE ET MIGNOT, declaração pré-citada, p. 67 — Comp. com mais generalidades MARTY ET RAYNAUD, Droit civil, t. 1.º. Os procedimentos característicos da técnica jurídica, p. 89 e s., 102 e ss.

* Nota do Tradutor: Traduzimos o neologismo "unat", criado pelo autor, por "unidade".

⁽²⁷⁾ Ocorre mesmo que o título de um texto se refira unicamente a elementos formais: veja-se, por exemplo, a Lei n.º 68-1035, de 27 de novembro de 1968, alterando os artigos 132, 133 e 136 do Código Penal; o Acórdão de 29 de novembro de 1968, que altera e complementa o art. "A" 15 do Código de Domínio do Estado. As indexações materiais se juntam, não raro, na legislação, indexações formais (veja exemplos de abstrats acima referidos).

Veja para exemplo de interpretação "conjunto" ao Decreto 1966-56: "Resulta de combinação dos artigos 212 e 257 do Código de Seguro Social que ..."

^{29) 60%} dos acórdãos da Suprema Corte não menciona nenhum texto, nem por interpretação direta nem por "visto".

Veja como exemplo típico em que é extremamente difícil identificar o texto aplicado, Chaméry, 4 de dezembro de 1967, Decreto 1968.532.

⁽³⁰⁾ Esta média, de 5 a 6 unidades, parece ser uma constante. Encontra-se em muitas áreas extrajurídicas.

O número dos elementos varia de acordo com a complexidade da questão resolvida e de acordo com a extensão da matéria arrolada em repertório. Há o perigo; decorrente da tendência natural de polarização nos extremos, de um descambar para o marginalismo. Em se apresentando soluções múltiplas de proximidade imediata, nas disciplinas ricas, convém que se assegure antes de tudo a sua diferenciação. Em matérias cujas foutes são pouco abundantes, uma diferença se faz notar desde o segundo elemento do abstrat. Quando a documentação é importante, ela conduz mais longe, e se faz necessário adotar um sétimo ou oitavo elemento em relação ao sexto, considerado comum, a fim de que se obtenha a seleção indispensável à segurança de uma pesquisa aprofundada.

A aplicação da teoria de seleção marginal acima descrita leva a observar que o abstrat, em sua redação, está não raro em função do volume da matéria tratada. Quando se trabalha, como nos repertórios de jurisprudência, num quadro anual, é suficiente um número de palavras inferior ao que teria sido necessário para exame exaustivo, sub specie aeternitatis, do estado do direito positivo.

Além disso, o número dos elementos é influenciado pela posição de princípio que concerne à função do **abstrat**. Conforme se trate somente de localização ou, ao contrário, de descrição, o **abstrat** será mais ou menos longo (31).

d) Palavras do vocabulário ou da linguagem corrente. A coexistência das palavras dos dois vocabulários explica-se pela conjunção, especialmente verificável no abstrat de jurisprudência, de conceitos jurídicos e de considerações de fato (32).

Entretanto, se há o perigo de ceder-se à tendência de fazer discrime entre as duas grandes categorias — as unidades de direito e as unidades de fato — é preciso que nos ponhamos de sobreaviso contra essa distinção.

Com efeito, o abstrat é, por excelência, uma linguagem conceitual: sob a aparência da palavra, a idéia é que é a realidade viva. Um exame aprofundado e comparativo dos "descritores" ou "unidades" nos mostra que, se é variável a sua intensidade conceitual, ela raramente é total ou nula. Conforme as "unidades", percebem-se degraus, constituindo caminhos comparáveis a uma ascensão progressiva ou a uma descida de declive suave. Essas variações de intensidade conceitual podem ser representadas por uma curva. Disso resulta que toda criação de categoria nítida é pouco desejável. Se as palavras ditas da linguagem corrente não parecem ter sentido jurídico, elas são, contudo — conforme tem sido observado com muita pertinência (33) — envolvidas de situações jurídicas.

Mas no abstrat tradicional os conceitos jurídicos aparecem por primeiro, à testa do elenco das palavras, como se lhes devêssemos reconhecer uma certa preeminência. É que existe, com efeito, no abstrat, uma hierarquia dos elementos que o compõem.

B. — HIERARQUIA DOS "DESCRITORES" ou "UNIDADES"

O espírito humano é constituído de tal modo que, na linguagem corrente, procede-se do particular para o geral e, nas indexações, inversamente os analistas vão do geral para o particular. Daí a observação, paradoxal quanto à apreciação, mas exata quanto ao sentido: "a tarefa dos analistas é fácil: basta inverter um título para obter-se uma boa indexação."

⁽³¹⁾ Daí a pergunta, a propósito dos abstrats de jurisprudência, sobre a oportunidade de se acrescentarem as palavras "sim" e "não" para precisar se é positiva ou negativa a resposta à questão formulada. O computador resolve facilmente esse problema, tão logo se lhe confie essa informação suplementar, sendo a "paridade" da resposta o elemento "codificável".

⁽³²⁾ Ela se explica aqui pela missão do juiz de aproximar o geral do particular, o abstrato do concreto. No abstrato legislativo decorre ela muitas vezes da necessidade de descrever o domínio material de aplicação.

⁽³³⁾ V. DELAHODDE e MIGNOT, referência, pré-citada; Le traitement de l'information juridique, p. 67. — Com mais generalidade, sobre os conceitos jurídicos, V. B. APPETIT, Les rapports des personnes morales et de leurs membres. Tese, Paris, 1963, p. 376 e ss.

Um exemplo para demonstrá-lo: acórdão da Câmara Social da Corle de Cassação, de 3 de outubro de 1968, declara que a falta grave deve ser causa do prejuízo que o assalariado sofre no caso de rescisão abusiva de seu contrato de trabalho (para que ele espere obter indenizacão). A indexação assim se apresenta: Contrato de trabalho, rescisão abusiva, assalariado, prejuízo, causalidade, falta grave.

Observar-se-á que essa análise "descendente", manifestada no abstrat, se desdobra muitas vezes num juridismo de degraus. As primeiras palavras correspondem a conceitos e, na medida em que se prossegue no abstrat, surgem elementos ditos "de fato".

Especialmente em jurisprudência o fato interfere no direito e não raro se constatam intersecções entre elementos de natureza aparentemente diversa. Não deve isso causar surpresa, desde que não se esqueçam as observações precedentes (v. supra, A. a).

As "autoridades" dessa hierarquia, os "descritores" ou "unidades" principais, que figuram em primeiro lugar, são denominados "rubricas". Reunidos e classificados alfabeticamente, formam as Nomenclaturas Jurídicas (34).

A hierarquia dos elementos do abstrat tradicional parece corresponder, portanto, à tendência analítica. A quase totalidade dos abstrats adota essa hierarquia. No entanto, ela parece estranha à lógica do computador.

II. — O ABSTRAT E A INFORMATICA

34

O abstrat é a matéria prima do computador. É constituído dos "descritores", ou "unidades", que são as células de informação. São eles os intermediários necessários ao ingresso na máquina. Por intermédio deles a documentação é registrada na memória, e, após, redistribuída aos usuários.

O computador não conhece outros elementos a não ser os do abstrat. Sua hierarquia lhe é indiferente. Melhor dito: ele desmente os seus valores, substituindo valor por informação (1).

Pelo seu **"thesaurus"**, o computador completa e melhora o valor de informação dos "descritores" e organiza a pesquisa (²).

1. — O valor de informação:

inversão da hierarquia dos abstrats

A quantidade de informação define-se pela probabilidade. A informação é medida de probabilidade. Disso resulta que um conceito frequente transmite informação fraca. A frequência de uma palavra, isto é, do conceito que ela oculta, é constante e dimensiona o seu con-Jeúdo de informação. O valor de informação das "unidades" ou "descritores" é, pois, muito diversificado. Eles são mais ou menos seletivos. Assim, uma pergunta sobre "Contrato de Trabalho", conceito eminentemente jurídico, será insuficientemente seletiva, sendo demasiado importante a carga em documentação. Pelo contrário, a pergunta sobre o "descritor" "Administração" pode levar a uma escolha satisfatória.

Levar-se-á, pois, em conta, antes de tudo, a "unidade" em informação: o uso do computador leva do abstrat ao léxico de "descritores" ou "unidades" (35).

A hierarquia do abstrat tradicional permanece indiferente ao computador. Este só considera o valor da informação. A máquina obedece aqui a uma lógica radicalmente diversa à do analista. Com efeito, este último dava prioridade aos conceitos de alto teor jurídico, os quais não padecem de falta de seletividade na máquina.

Destarte, a máguina não reprova apenas toda hierarquia do abstrat tradicional, mas ela desconsidera as "autoridades" responsáveis

⁽³⁴⁾ Em função da riqueza das fontes, da ex ensão explorada no tempo e no espaço, e da penetração do estudo, essas nomenclaturas são chamadas gerais ou especiais. — V o exemplar impresso da Nomenclatura Dalloz.

⁽³⁵⁾ O estudo do léxico será substituído por uma lexicologia, no sentido da informática, distinto do sentido da semântica (Comp. G. MATORÉ, La méthode en lexicologie, Didier, Paris, 1950).

por essa hierarquia, isto é, conceitos tais como divórcio, casamento, etc., que, nas nomenclaturas jurídicas, constituem as "unidades" principais, denominadas rubricas.

Disso resulta que os métodos de análise e de interrogação hão de ser diferentes. Talvez se tenha entendido que, para se obter na pesquisa resposta precisa sobre uma solução delimitada, seria indispensável formulação simétrica à indexação de entrada. Ora, tal não é o caso. Em pesquisa automática, a seletividade ou o elevado valor da informação de uma "unidade" improvável pode permitir o acerto no alvo ou forte aproximação mediante uma pergunta única. Um exemplo o esclarecerá. Suponhamos a pergunta formulada pela unidade "bandida" ou "afeitado". Tirou-se propositalmente o exemplo de uma palavra estrangeira. O esoterismo configura-se aqui como uma vantagem: A "unidade" consegue refazer uma só pergunta jurídica subjacente. Resultará daí um acerto no alvo, com a resposta e a solução precisa dada pela mâquina: um ou dois acórdãos relativos à limagem de chifres de touro. Exemplo ainda mais espetacular concerne aos nomes próprios: uma interrogação sobre "Torrey-Canyon" a propósito da poluição dos mares será muito eficaz (36).

Volvamos à lingua francesa. Extrairemos dela outros exemplos: "ménagerie", "quai", peau de banane", são mais seletivos do que "atribuição preferencial" ou "circulação". Estas "unidades" devem, pois, ser propostas em primeiro plano para que a pergunta seja eficaz.

Por outro lado, convém evitar-se uma pergunta única sobre responsabilidade civil, contrato de trabalho, divórcio, porquanto, sendo a informação demasiado freqüente, o computador perderá tempo com ela. A pesquisa sobre tornar-sc ineficaz, ficaria dispendiosa, uma vez que o tempo do computador representa elevado preço. Através da estalística é possível constatar-se o valor da informação de cada "descritor" efetuando-se análises de conteúdo (37).

RCGE, Porto Alegre, 6(15): 11-50, 1976

Esse fenômeno de seletividade desigual explica sem dúvida a frase, comentada com tanta freqüência que quase sc transformou em aforisma: "No computador a linguagem corrente mata a linguagem juridica". A observação é falsa quanto ao essencial: traduz tão-só o fenômeno da seletividade reforçada das "unidades" improváveis, particularmente na exploração da jurisprudência. Ali encontra limite o seu alcance.

Raros serão, todavia, os "acertos no alvo" por "unidades" de elite, ultra-seletivas. Normalmente é necessário combinar as perguntas (38). Convém salientar que a simultaneidade da pergunta simplifica o problema e que a ordem das questões pode ser indiferente, tão logo a máquina preveja por si mesma a ordem eficaz de seu trabalho.

É nesse ponto que, por curiosa reversão das coisas, se reintroduz o conceito jurídico. É a sua ressurreição após aparente decadência. Um exemplo simples o mostrará: uma questão formulada sobre a "unidade" garagista pode produzir cinco textos e cem decisões concernentes, seja ao estatuto profissional, seja à responsabilidade civil, seja ao direito de retenção, seja ao contrato de trabalho, ou ainda, à segurança social. Para que se descubra a solução precisa, será indispensável que, melhorando a escolha, se acrescentem à pergunta garagista os conceitos jurídicos de responsabilidade civil ou de locação de obra, de modo a distinguir-se a questão pesquisada.

Uma pergunta, sob forma a mais geral possível, se formula:

"Todos os documentos que dizem respeito à "unidade" A, e as "unidades" C ou C'

ou C", e as "unidades" D ou D', e a "unidade" E, exceto a unidade F.

Sua formulação matemática assim se configura:

 $[A \quad (C + C' + C") \quad (D + D') \quad E] \longrightarrow F$

A significação dos símbolos é a seguinte: ou e quer dizer que os documentos selecionados devem conter ao mesmo tempo A e B.

Exprimem-se, em linguagem simbólica, conjuntos por diversos esquemas.

⁽³⁶⁾ A seletividade dos nomes próprios tem conduzido à qualificação das soluções jurídicas marcantes pelo nome de "parties ou procés" (Blanco Commune de Roquecourbe, Frank, Jand'heur, Regnault-Desroziers, Rivière, etc).

⁽³⁷⁾ Consistem estas em averiguar, através de contagem, a frequência de utilização das palavras que traduzem conceitos. De fato, o computador pode, com bastante facili-

dade, extrair esse número de sua memória. Certos dicionários registram, antes de cada "unidade", o número de referências que correspondem, na memória, ao conceito retido. É informação interessante, que permite orientar a pesquisa.

⁽³⁸⁾ Releva fazer-se aqui uma referência ao processo clássico de interrogação do computador. Em termos gerais pode ser assim formulada:

Sob o aspecto da seletivida de, os conceitos jurídicos só aparecem assim no segundo ou terceiro termo ou posição da pergunta. Eles adelgaçam a pesquisa, localizando os "regimes jurídicos" do "descritor" utilizado em primeiro lugar. Notar-se-á que, estatisticamente, eles representam a maioria das "unidades" (39).

Dessume-se das observações acima feitas que, na pergunta, o fenômeno de valor da informação leva a proceder-se em sentido inverso à hierarquia do abstrat tradicional. Este último, como se viu, vai do geral para o particular. Na pergunta parece manifestar-se, pelo contrário, tendência inversa, indo-se do particular para o geral. E não deve isso causar surpresa. Bastaria lembrar que o homem procede de modo idêntico na expressão habitual do pensamento por meio da linguagem oral ou escrita.

Não tem ele adotado, empiricamente, para exprimir-se, os critérios recém descobertos do valor de sua informação? E não é esta marcantemente esclarecida pela memória do homem através dos mecanismos sutis da alusão mnemotécnica?

2. Melhoria do valor de informação dos abstrats

Em pesquisa automática nós nos encontramos em presença de um sistema de informação. Só pode, portanto, sair da máquina a informação que nela entrou. Contudo, em informação, o valor não depende unicamente do capital abstrat que entrará na memória. O valor total da informação pode ser sensivelmente melhorado pelo desempenho do "thesaurus". "Thesaurus" é um vocabulário de linguagem documentária aplicado à matéria jurídica. Pode ele prever "descritores" ou "unidades", além daquelas que se contêm nos abstrats. Se ele domina, em sua absoluta maioria, "descritores" extraídos dos abstrats que qualificam a documentação de base, poderá também admitir "descritores" novos. Efetivamente, se é inviável o melhoramento do valor informativo do abstrat principal, o qual depende em grande parte de qualificações antigas, sempre será possível melhorar o valor da informação do "the-

RCGE, Porto Alegre, 6(15): 11-50, 1976

A. — OS MELHORAMENTOS

a) O grau analítico — Para funcionar eficazmente, a máquina exige um adelgaçamento da análise documentária. A autenticidade do abstrat é condicionada por sua homogeneidade. Seja qual for a fonte a que ela se aplica, o abstrat deve refletir efetivamente um grau constante da análise (40). Ora, no estado atual das práticas da indexação, a análise jurisprudencial se situa num grau diferente da análise legislativa (v. supra, I, 1, A, b) Cumpre, pois, unificar-se esse grau, precisando-o em matéria legislativa.

Conforme os casos e sem que regra alguma a seu respeito possa ser determinada, a indexação legislativa impulsionará mais ou menos o seu grau de análise. Ou, o computador dará respostas detestáveis se lhe forem confiados os resultados de análises dessemelhantes. Será, pois, necessário proceder à retomada sistemática das análises legislativas, conforme as técnicas acima estudadas (v. supra, I, 1), únicas apropriadas à segurança da autenticidade dos abstrats. Do mesmo modo, para o futuro, a introdução de textos novos na máquina, a serem incluídos com vistas a assegurar-se uma atualização eficaz das fontes, suporá o exame aprofundado de seu conteúdo material e a redação de abstrats suficientemente numerosos para que todo o seu valor informativo seja integralmente registrado pela máquina. Todos os textos, homogêneos ou heterogêneos, serão assim tratados conforme os mesmos métodos. É esta uma exigência draconiana do computador (41).

⁽³⁹⁾ Excetuam-se algumas áreas, tais como a Responsabilidade Civil.

⁽⁴⁰⁾ As dificuldades suscitadas pelo grau de análise são resolvidas em parte no "Full system", o qual, dando extratos da documentação de base, dispensa o analista, confiando ao usuário o cuidado de proceder ao exame global (V. C. TAPPER, relatório pré-citado, p. 7). Todavia, no atual estado da técnica, esse sistema é talvez uma solução contestável: seu método devolve ao computador a tarefa de redigir o abstrat que serve de base à introdução na memória. Ao abstrat "humano" prefere um "abstrat" "maquinal" condicionado. Consagra a preeminência da informação sobre o jurista. Parece, contudo, bem adatado ao tratamento da legislação.

É lícito pensar que os metodos do legislador serão indiretamente afetados por esse rigor necessário, que resulta de um grau constante de análise. Serão denunciadas as deficiências que põem obstáculo à organização de uma informação automática. Disso resultará, sem dúvida, um salutar movimento de opinião com vistas à reforma das deploráveis técnicas atualmente em uso.

b) A definição do conceito. — Permitindo o computador codificar a idéia, a máquina dá uma solução definitiva ao problema das expressões. O "descritor" pode ser simples (por exemplo, o divórcio) ou constituir aquilo que se denomina uma "catène" (atitudes de nãooposição facultativas, período suspeito, modificação da situação jurídica do empregador) (42). Ora, é tão fácil dar um número de código a uma expressão como dá-lo a uma palavra. Depois de se haver compreendido, de uma vez por todas, que em informática um algarismo não se destina a responder a uma letra, nem a uma palavra, mas sim a uma idéia, logo se explica que um número pode tão bem referir-se a uma expressão quanto a uma palavra. Um dos erros que têm retardado o desabrochar da informática tem sido, certamente, o emprego do sistema chamado de "palavras-chave" que, decompondo as expressões em palavras, exigia perguntas sucessivas, complicando a solução ao invés de harmonizá-la (43).

(41) Se não se tomarem precauções, chegar-se-á, em documentação automática, aos seguintes resultados:

A máquina adapta-se com muita exatidão ao caráter conceitual da linguagem dos abstrats. Ela exige que os analistas levem isso em consideração, ao procederem às indexações (v. supra, I, 2, d).

Na pesquisa manual, as orientações eram organizadas por classificação alfabética ou metódica. Observa-se que o computador reassume, sob forma sintética, esses métodos tradicionais de pesquisa. A classificação alfabética reaparece no sentido de as "unidades" comporem um léxico, na base de uma codificação não raro representada, em sua origem, por números que seguem a ordem alfabética das palavras. E o elemento metódico tradicional se reintroduz na carga conceitual dos "elementos de descrição" e das "unidades". Atentando-se para isso, constata-se que certas "unidades" muito densas constituem as subdivisões clássicas de um plano científico de estudo da matéria.

c) Retificações de vocabulário. — Importa antes de mais nada livrar o abstrat da escória que degrada o conceito: artigos, preposições, conjunções, etc., que serão sistematicamente eliminados por equivalências gramaticais ou sintáticas. As "unidades" são constituídas de substantivos. Entre elas efetuam-se escolhas elementares: medicina ou médico, garage ou garagista. A questão pode complicar-se um tanto (por exemplo, para decidir entre habitação burguesa ou cláusula da habitação burguesa).

Será necessário fazer escolha entre sinônimos. Não raro se distinguem sinônimos de uso comum e sinônimos documentários (44). Ao lado dos sinônimos arrolam-se os parônimos, sinônimos aproximativos, os quais devem igualmente ser levados em consideração (imprensa e jornais, prêmio e gratificação, automóvel e veículo). Assim, para indicar informações sobre a legislação protetora dos acidentes de trabalho, tanto se pode empregar a palavra "beneficio", como "garantia" ou "proteção". É desejável se escolha uma qualificação única.

[—] uma questão formulada com pequeno número de "unidades", para levar em consideração o grau fraco de análise da legislação, receberá uma resposta correta sobre o plano dos textos, mas desmesuradamente extensa no que concerne à jurisprudência.

[—] ao contrário, uma questão formulada de forma pertinente sobre o plano da jurisprudência somente receberá respostas jurisprudenciais, eleminada a legislação correspondente pela excessiva precisão da questão.

⁽⁴²⁾ O tamanho da expressão é indiferente. Pouco importa o número de palavras, desde que ela constitua um conceito.

Denomina-se este sistema K. W. (Key-World). É fundamental substituir-se a noção de "palavra-chave" pela de "descritor" ou "unidade". Com efeito, o que é importante no abstrat — particularmente num abstrat destinado a ser utilizado no computador — é o conceito e não a palavra no sentido semântico. Por tempo demasiado longo, sob a pressão das firmas de computadores que procuravam simplificar o problema, demasiadamente complexo para seu grau, tem-se buscado empregar no abstrat, destinado a uso automático, somente palavras no sentido estrito. É assim

que — no limite — um termo como "oficial de estado civil" era considerado como obtido, por ocasião da pesquisa, pela intersecção dos três conceitos "oficial", "estado" e "civil". Conquanto esse estágio tenha sido felizmente ultrapassado, restam perigosas sequelas que tendem à excessiva simplificação do vocabulário.

⁽⁴⁴⁾ V. DELAHODDE et MIGNOT, op. cit., p. 64.

O problema dos homônimos pode ser resolvido simplesmente pela feitura de uma codificação distinta. Mas o verdadeiro perigo é o da polissemia, que é a confluência de diferentes sentidos na mesma palavra. A polissemia configura um problema do significado de base da palavra e do seu significado dentro do contexto.

Para garantir-se contra os riscos de sentido contraditório ou falso sentido, a máquina se socorre da combinação de perguntas. Permite esta, através da realização de associações conceituais, restituir o sentido do contexto. Por outro lado, é fácil contornar esse perigo substituindo-se uma palavra por uma expressão e conferindo-lhe existência própria.

Todas essas correções, essas aproximações, permitirão definir-se um vocabulário "ortodoxo". Dar-se-á preferência a uma palavra relativamente a sua vizinha, sinônimo, ou vocábulo de sentido aproximado, na constituição da "unidade". Disso resultará necessariamente uma consequência muito importante: a uniformização das nomenclaturas (45).

A precisão do vocabulário técnico, particularmente do jurídico, pode simplificar o problema (46). O vocabulário implicitamente leva em consideração o contexto jurídico, mas contém, por sua vez, ambiguidades que tornam necessário um sistema de apoio. Disso resultará, não raro, a necessidade de restabelecer expressões para reanimar o grau conceitual das "unidades".

No abstrat se constitui esse vocabulário, não somente ortodoxo, mas predeterminado ou preferencial. Mas já não existia ele antes?

Efetivamente, se nos referirmos, ou aos 'índices das tabelas quinquenais da "Gazette du Palais", ou às dos repertórios clássicos, à "Encyclopédie Dalloz" ou a "Jurisclasseurs", ali se registram em palavras predeterminadas, as quais, seja qual for a fonte que as alimenta, vão garantir a eficácia da pesquisa.

No fundo dessa predeterminação perfila-se a idéia de determinismo. Sendo a "unidade" essencialmente um conceito, o conteúdo conceitual da matéria estudada se exprime necessariamente por um vocabulário preferencial. Cada rubrica de repertório (ou "unidade" principal) possui determinado vocabulário, pré-constituído há muito tempo. Um conhecimento científico da matéria pode prestar, pelo conhecimento de conteúdo que ele pressupõe, eminentes serviços ao pesquisador. E o computador deve refletir esse determinismo. É por ele que se efetua o condicionamento da matéria armazenada. Assim se garante a redistribuição ao usuário de uma documentação total sobre o ponto exato da interrogação (47).

Além do arranjo do vocabulário, organizar-se-á, na máquina, graças ao "thesaurus", um sistema de compensação, multiplicando-se assim os acessos à documentação classificada.

B. — AS COMPENSAÇÕES

Na pesquisa manual, revistas e repertórios sempre têm estabelecido correlações. Particularmente pelo sistema remissivo (48). A remissão é estabelecida a partir dos elementos dos abstrats, para compensar o caráter arbitrário das nomenclaturas e para conduzir a pesquisa pela utilização de processos mnemotécnicos, mecanismos da imagem e da associação de idéias. Esses mecanismos, que a semântica qualifica como motivações, não devem ser negligenciados na pesquisa automática (49).

⁽⁴⁵⁾ Cada revista jurídica utiliza a sua nomenclatura própria. Faz dessa seleção um argumento de concorrência. Mas o conjunto dos usuários queixa-se dessa diversidade e deseja a definição de uma nomenclatura normalizada.

⁽⁴⁶⁾ O Vocabulaire juridique de A. CAPITANT, do qual foi feita um i segunda edição, prestará serviços inestimáveis aos juristas da informática.

Essa organização de vocabulário, tornado obrigatória pela máquina, imporá ao analista iniciativas de indexação do uso generalizado e uma nova técnica de redação dos abstrats. Essas novas diretrizes terão efeitos simplificadores, que permitirão assegurar uma classificação exata da documentação armazenada.

⁽⁴⁸⁾ A remissão — a elaboração de uma teoria dela seria muito instrútiva — estabelece a existência, na pesquisa manual, de uma política do valor de informação (que confirma as classificações seletivas dos "descritores" nos abstrats tradicionais como a criação de rubricas de orientação nos Repertórios).

⁽⁴⁹⁾ Todavia, esses mecanismos são aqui corretamente utilizados. Efetivamente, o acesso à documentação se opera por intermédio de todas as "unidades". É direto. Desde então, não é mais útil prever, como na pesquisa manual, um dispositivo para orientar essa pesquisa em direção ao conceito jurídico de uma rubrica, através da ordem alfabética de uma tabela.

Eis por que, após ter estabelecido um vocabulário ortodoxo, para condicionar a armazenagem, torna-se logo necessário desmitizar esse vocabulário, preferencial e nessa medida esotérica. Por isso organizou-se um sistema de pesquisa em que o "thesaurus" desempenha papel essencial, acrescentando-se a esse "thesaurus" novas "unidades" de pesquisa, graças às quais se instauram comunicações com as "unidades" de armazenagem, qualificações clássicas da documentação na memória (50).

Estabelecem-se as correlações entre as "unidades" por três processos principais:

1.º As equivalências. — É o liame entre os problemas que o vocabulário apresenta. Podem estabelecer-se, na máquina, equivalências de palavras que correspondam àquilo que em pesquisa manual se qualifica como a remissão de estrutura (locação = arrendamento, abstenções delituosas = omissão de prestar socorro).

Todos os sinónimos que designam um mesmo conceito, todos os "endônimos" que dão da mesma idéia uma representação ativa e passiva serão arrolados e povoarão o "thesaurus". Mas se confinarmos esse "thesaurus" às estritas coincidências ideológicas, serão limitados os seus serviços. Para adicionar a função de reparar os erros de qualificação, será necessário, se não operar falsas equivalências, pelo menos prever as remissões e estabelecer conexões,

2.º. As conexões. — Um exemplo facilita o entendimento do problema: sabe-se que foi questionada em jurisprudência a validade da prova por fotocópia e fita magnética. Cotejam-se as soluções, uma vez que elas se identificam pelo fato de dizerem respeito a processos de reprodução visual, por um lado, e auditivo por outro lado. Como fazer para garantir ao pesquisador uma consulta sobre as duas "unidades"? Interrogada a título de "prova", a máquina esperdiçará tempo.

(50) Percebe-se então o caráter ambíguo do "thesaurus", centro nervoso do computador, cujas estruturas são condicionadas em função das exigências distintas ou contraditórias da armazenagem e da pesquisa (distinção corrente nos países anglo-saxônicos entre Armazenagem e Recuperação da Informação).

Seria necessário, então, prever-se uma comunicação por equivalência? Não se trata de verdadeira equivalência. Em tais casos institui-se uma reserva que tem por característica ser estranha às "unidades" codificadas. Tornou-se esta necessária em virtude da ausência de elementos intermediários e comuns de generalização. Na espécie, será a palavra "reprografia" desconhecida na língua corrente, mas útil em informática, como respondendo a uma idéia singular. Toca-se igualmente aqui no domínio da semântica: indubitavelmente será oportuno, para o futuro, criar linguagens especializadas. Acrescentar-se-ão destarte "unidades" intermediárias de correlação aos "descritores" elementares.

A maior parte destas correspondências afetará o vocabulário. A idéia transparecendo sempre sob o invólucro da palavra. Não existe, pois, transição nítida nem de categorias nem de comunicação.

Mas cada matéria apresenta estruturas originais, relações conceituais elaboradas, cujo reflexo fiel o "thesaurus" projetará.

Podem prever-se na máquina operações que percorrem campos de generalidade, de especificidade, de associatividade, assim como os percorreriam remissões da pesquisa tradicional. Mas mesmo ali cumpre ter-se consciência do valor da informação. Os conceitos demasiado gerais não são suficientemente seletivos para que possam ser previstas, verticalmente para cima, remissões sistemáticas. Não podem ser recomendados tais conceitos, porquanto possuem sentido de decréscimo qualitativo da informação. Seria conveniente, pelo contrário, operar remissões oblíquas e para baixo, no sentido da análise ou da especificidade.

Trata-se de sistemas de ligação que dizem respeito às nações. Mas podem também ser relativos, não mais a uma comparação entre os conceitos, mas ao propósito de um conceito determinado, ao exame de seus diferentes regimes jurídicos.

3.º A pergunta simplificada

A pesquisa sobre um único parâmetro pode ser cientificamente muito produtiva. A máquina assim perguntada fornece o total dos ensinamentos disponíveis sobre o conceito. Conhecem-se, portanto, di-

versos regimes jurídicos que ali confluem. Proporcionarão fecundas aproximações, através de exame comparado. Os resultados são imprevisíveis e não raro enriquecedores. A questão única pode referir-se a conceitos de conteúdo jurídico mais ou menos intenso (Lapin, Gibier, Retrait) (51).

Da mesma forma, a combinação de dois ou três "descritores", reduzindo as zonas de investigação, pode abrir novos horizontes.

Noutro tempo, abandonado aos recursos de sua própria imaginação, o interrogador tornava-se automaticamente pesquisador de elite. A máquina lhe garante, a partir de agora, uma imaginação de pesquisa muito extensa, como que universal. E a resposta dada será tanto mais valiosa, uma vez que ela virá após um exame panorâmico.

Todos os resultados serão obtidos com extrema rapidez. Essa instantaneidade do resultado favorece a curiosidade do pesquisador, sobretudo quando ele é possuidor de preparo científico. O computador torna-se então notável auxiliar da pesquisa: ele estimula a busca, ele ensina a encontrar (52). É, a um tempo, educador discreto e servidor zeloso.

Até o presente momento, os redatores de indexações, de tabelas anuais ou qüinqüenárias, em vão se interrogam sobre o papel desempenhado pelo **abstrat**. Ao tempo da pesquisa manual, este permanecia ambiguo: É ele uma identificação científica? Ou uma qualificação de pesquisa? Deve-se concebê-lo em função das classificações metódicas, das categorias jurídicas, da lógica interna das instituições? Ou escrito num lance direto e eficaz do pesquisador em direção às soluções do direito positivo?

Dependendo da finalidade, o abstrat variava singularmente tanto na escolha das palavras como na ordem de sua hierarquia.

Daqui para o futuro, pelo jogo combinado dos abstrats e do "thesaurus", as duas funções ficam cumulativamente asseguradas: a eficácia da pesquisa não contradiz a prospeção científica. A "unidade" ou "descritor" é a peça matriz dessa nova técnica de pesquisa e de informação.

Mais uma vez foi o computador que logrou resolver um problema que, em pesquisa manual parecia de solução tão difícil como a quadratura do círculo.

A soma das vantagens da máquina autorizaria um otimismo sem reservas, se as qualidades não pusessem a nu, pelo contraste, as deficiências humanas: imperfeição dos analistas, que a máquina reflete, embora haja remédio para essa situação; ignorância dos usuários excusável no início dessa pesquisa nova, mas que deverá ser combatida com a ajuda de um léxico sistematicamente divulgado.

O perigo estará nas reações internas do jurista frente ao computador.

A primeira delas é o complexo de inferioridade. Manifesta-se pelo temor elementar de que a máquina venha a dominar o homem, para depois esmagá-lo. Essa preocupação cederá facilmente ao considerar-se que é o homem o criador dos cérebros eletrônicos. É consigo mesmo que eledialoga através de invenções interpostas (53). A consciência disso o escudará contra o pessimismo crônico dos sofistas (54).

Para precatar-nos contra as usurpações será suficiente definir zonas de competência respectiva. Nas questões examinadas inscrevem-se constantemente em filigrana as reações alternadas do homem e do robô. As estruturas-matemáticas deste último levam a processos de ação cujo campo de aplicação será localizado. Da mesma forma precisar-se-á o vasto domínio em que, sem concorrência, reinarão as lógicas do espírito humano e jurídico. Destarte o analista de documentação continuará redigindo o abstrat num sentido que vai do geral para o parti-

⁽⁵¹⁾ Este fenômeno não tinha escapado aos professores da Faculdade, que por vezes têm proposto aos candidatos ao ingresso temas deste teor:

O leito, o coelho, a noite, etc.

⁽⁵²⁾ Graças à divulgação de um método rigoroso de pesquisa condicionada.

⁽⁵³⁾ Diálogo de especialistas de disciplinas distintas.

^{(54) &}quot;Devemos temer que a deploração de nossa juventude perdida nos instigue a condenar todas as inovações". G. RIPERT, Discours pour la remise des Mélanges.

cular, embora a ordem contrária seja para o computador o modo normal de desempenho. Conquanto procedam em sentidos opostos, a hierarquia dos abstrats tradicionais e a dos valores da informação são perfeitamente compatíveis. Cumpre que se faça uso justaposto deles. Por outro lado, as primeiras experiências serão limitadas a matérias exatamente definidas, de molde a constituírem seguros baluartes. Após, será conveniente a organização de extensões, associando os setores mais próximos por acréscimos sucessivos (55).

Complexo de superioridade, em seguida: é o de aprendiz de feiticeiro que quer, sozinho e de reclame, tudo redescobrir. O jurista deverá estar de sobreaviso contra tal perigo, levando em consideração os precedentes trabalhos realizados em sua própria área de especialização, bem como as aquisições e os progressos das outras disciplinas. (56).

Em direito, as técnicas de pesquisa são antigas e comprovadas. Numerosos especialistas têm melhorado a redação dos **abstrats**. Seria desastroso prescindir de seus esforços. Auxiliar antigo do pensamento jurídico, o **abstrat**, conhecido e estudado, favorecerá a automatização da pesquisa. De uso comum e corrente a partir das generalizações, a judará a resolver o difícil problema da divulgação. Praticado pela

(55) A escolha da "unidade-matéria" de informação é delineada. A idéia diretriz de uma pesquisa automática rendosa parece ser esta: uma área limitada integralmente explorada. Para garantir-se a eficácia da pesquisa, toda documentação será introduzida na memória. Isso leva a reduzir-se a unidade a um setor limitado do direito positivo. Pensa-se então ou nas disciplinas de Direito: Direito do Trabalho, Direito Social, Direito Fiscal, etc., ou em importantes rubricas: sociedades, contrato de trabalho, etc., cujo objeto de estudo é matéria especial e precisa. Mais tarde, quando se acrescentar essas realizações parciais, será necessário estabelecerem-se correlações entre os diferentes tesouros e talvez articulá-los sobre um tesouro geral, relativo a um "tronco comum" (direito civil, por exemplo).

No domínio da pesquisa metodológica, as diretrizes são inversas: para examinar o maior número de casos, é de mister se alargue o substrato das matérias estudadas (o conjunto das examinadas pela Corte de Cassação e publicadas no Boletim Civil, na experiência de M. CATALA; o conjunto dos contenciosos de apelação nas experiências dos Senhores BERTRAND, VICENT e GIVERDON), limitado o seu estudo a um lapso de tempo determinado (cinco anos, por exemplo).

(56) É lícito esperar-se que, reciprocamente, os "informistas", darão prova da mesma prudência. maioria dos juristas, constitui excelente intermediário de acesso ao computador, cujo concurso é assim facilitado. E os juristas felicitar-seão por possuírem, desde o início do século XIX, essa "chave de ouro" que, precipuamente em seu domínio, parece tornar acessíveis as realizações da informática.

É esta uma ciência recente. Mas ela já conheceu sucessos vertiginosos. Destarte, escudado contra a pretensão de julgar-se "completo" num domínio em que as técnicas gerais da pesquisa se manifestam tão importantes quanto a matéria (o direito) à qual elas se aplicam, o jurista é chamado a colaborar com os especialistas de outras matérias. Assim se estabelecerão trocas fecundas com os "informaticistas", os "documentalistas", os "logicistas", os técnicos da semântica. Cada ciência apresentando suas aquisições, a que está mais adiantada fará progredir as demais por sucessivas compensações de nível, suscitando a emulação entre pesquisadores de setores diferentes do conhecimento (57). Não é este o objetivo principal da Cibernética?

⁽⁵⁷⁾ Convém "... impedir que nossa estrutura científica e técnica se transforme num amontoado de redundâncias e de contradições simplesmente porque a comunicação entre as comunidades especializadas ou entre os membros de uma mesma comunidade ficou demasiado difícil......"..... "preservando-se assim a unidade da ciência e da técnica, necessária a seu progresso" (Relatório Weinberg, p. 97).

PRESSUPOSTOS LÓGICOS E EPISTEMOLÓGICOS DA LINGUAGEM JURÍDICA

NORBERTO LUIZ GRIFFA

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

PRIMEIRA PARTE

O tema que vamos tratar é tão velho que aparece já no despontar da filosofia. O problema da linguagem em geral poderia nos remontar aos sofistas, a Platão e a toda filosofia grega. Nós vamos ficar bem mais limitados; trabalharemos somente com problemas da linguagem desde os fins do século XIX e, em princípio, vinculando-os ao tema da ciência. Comercianos recordando aquela carta que Bertrand Russell enviou ao grande matemático alemão, Frege. Russel, que sempre foi um "enfant terrible", comentou a Frege que, dentro do rigor lógico de seu discurso, havia paradoxos de tipo lógico. Particularmente, destacou uma das contradições fundamentais, que conhecemos como o paradoxo das classes que não se pertencem.

Que significa isto, que a classe das classes não se pertence? Por exemplo, tomemos a classe de todos os homens. A classe de todos os homens não é um homem, e enquanto a classe de todos os homens não é um homem, não se pertence a si mesma, o que, em última instância, nos levaria a pensar que a classe de todas as classes não se pertence a si mesma; pertence a si mesma, se, e somente se, não se pertencer a si mesma.

Conferência proferida no Curso de Lógica e Informática Jurídica, promovido em Porto Alegre, pela Consultoria-Geral do Estado e Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Estado do Rio Grande do Sul, de janeiro a maio de 1975.

Isto é rigorosamente contraditório. Este tipo de paradoxo obrigou a matemáticos e lógicos desenvolverem teorias que permitiram a superação destas contradições intra-sistemáticas, como a teoria dos conjuntos, ou dos tipos de Russell.

Desde os gregos até os medievais destacaram-se paradoxos, mas tratava-se mais de contradições de tipo semântico, como o famoso paradoxo do mentiroso, que colocava o seguinte enigma: se um indivíduo X afirma que mente, existem duas possibilidades em relação à verdade de tal afirmação: a) se mentir ao dizer "minto", então diz a verdade; b) se disser a verdade quando diz "minto", então mente. Com o que poderiamos chegar a concluir que nosso indivíduo só diz a verdade se, e somente se, mentir. Estamos de novo em plena contradição

Também para estas contradições foram elaboradas teorias que solucionavam o problema, como a teoria dos diferentes níveis de linguagem, que distingue uma linguagem objeto e a meta-linguagem, com infinitas gradações possíveis. Nestas meta-linguagens falamos da linguagem objeto. As contradições que se observam em um mesmo nível de linguagem solucionam-se a partir de um nível superior, da meta-linguagem.

Com isto revalorizamos, a nível lógico, a problemática da linguagem, o que implica, ao mesmo tempo, que tal problemática abranja uma importante área dentro da ciência. Inclusive, a partir desta perspectiva, pode-se formular numerosas recolocações sobre a idéia da ciência.

É fácil imaginar o papel transcendente que ocupa a linguagem dentro do direito, e daí ser fundamental fazer-se uma análise da linguagem jurídica. Sem dúvida, isto deve enquadrar-se previamente em uma investigação de nível mais geral, estabelecendo a relação entre ciência e direito, deixando a salvo as atitudes negativas sobre esta vinculação, que considera que o direito não é ciência.

Conforme o que foi dito, importa fazer, em princípio, uma aproximação à idéia de ciência. Para chegar a pensar que o direito é re-

almente ciência, temos antes que ter um modelo, do que quer dizer ciência. A respeito, pode-se fazer um modelo muito restrito desta noção ou um modelo muito amplo. Entendo que temos de encontrar uma solução intermediária. Dela obteremos uma definição, ou melhor, uma aproximação à definição de ciência, que deve ser entendida como um critério possível e a forma de nos colocarmos de acordo sobre os limites dentro dos quais nos moveremos neste trabalho.

Diremos, para iniciar, que o cientista formula proposições: o fazer do cientista, em primeiro nível, é observado como a formulação de um conjunto de proposições. Proposições, entendidas em um sentido puramente lógico, não são outra coisa senão enunciados suscetíveis de verdade ou falsidade. É claro que, de imediato, poderíamos perguntar-nos sobre como podem formar-se as proposições? Que ordem deve reger os signos para configurar proposições? Sem dúvida, as questões de sintaxe deixaremos para mais adiante. Por enquanto ficaremos com a noção de que as proposições são enunciados suscetíveis de verdade ou falsidade.

Os enunciados da ciência têm um primeiro traço peculiar: referem-se a um campo temático. O que chamamos de um campo temático? Em geral, o discurso científico não é um discurso sobre tudo e todas as coisas. Quando trabalhamos em ciência, não o fazemos sobre o "todo", eomo o faz, por exemplo, o discurso religioso. É uma tentativa de descrever conjuntos de objetos, mas estes conjuntos são definidos previamente para o cientista, que lhes atribui certas características definidoras, através das quais podemos dizer que se configura este conjunto. Um conjunto não é entendido como uma totalidade ou região de entidades pré-determinadas pela natureza, frente às quais há que se colocar a pergunta pelo seu ser. Isto levaria à uma reflexão ontológica e a pergunta inicial pelo direito seria: "Qual é a essência do direito"? Na delimitação científica dos conjuntos de objetos a investigar, há uma nota de pragmatismo que afasta esta circunscrição do campo temático, a possibilidade de uma ontologia.

Ao mesmo tempo, quando usamos a palavra ciência com este sentido, descartamos outros usos como o faz Husserl, que, de alguma maneira, identifica a ciência com a filosofia. Claro está que o faz com um critério muito particular, quasc oposto ao que apresentamos neste momento.

Retornando ao campo temático, diríamos que o cientista parcializa o mundo: observa parte dos objetos do universo. O botânico, o zoólogo, o biólogo, todos referem-se a certos tipos particulares e delimitados de objetividades.

A noção de ciência exige também outros elementos, outras características definidoras. Existem duas condições necessárias que abrangem o que chamamos de campo lógico. Uma delas é a coerência das proposições científicas. Quando se faz um discurso científico, suas proposições devem ser coerentes. Que significam proposições coerentes? O sistema de enunciados não pode permitir a afirmação e negação, sobre eles, ao mesmo tempo. Sc podemos afirmar "p" dentro de um sistema de proposições e sua negação ao mesmo tempo, achamo-nos em pleno terreno de contradição e o sistema resulta inconsistente.

Concluindo: os enunciados da ciência devem ser compatíveis entre si (e não contraditórios).

Uma segunda condição do campo lógico é que as proposições têm que constituir realmente um sistema; têm que ter uma ordem de dedutibilidade. Além de serem coerentes, têm de ser dedutiveis umas das outras.

Que significa dedutibilidade? Significa que é possível derivar logicamente uma proposição inferior de uma proposição superior. Veremos adiante como se produz isto no âmbito do direito.

Por fim, destacamos um terceiro elemento sumamente importante: o campo semântico. O que é o campo semântico? Dissemos que as proposições são enunciados suscetíveis de verdade ou falsidade. Quer dizer que cada vez que formulamos um enunciado, referimo-nos a algo;

estamos referindo-nos a algo que de alguma maneira encontra-se no mundo. Ademais, antes haviamos dito que a ciência refere-se a um campo temático, ou seja, a um campo objetivo.

Falar de campo semântico é afirmar que os enunciados referem-se a um objeto, podendo-se estabelecer uma concordância, uma relação entre os enunciados e o objeto ao qual este se refere. Isto indica que é possível verificar o que o enunciado afirma.

Na medida em que existe uma adequação entre este objeto que se pode verificar e a proposição que o menciona, enfrentamos uma questão chave dentro da ciência, como é a teoria da verdade.

Com a teoria da verdade estamos dentro do tema semântico. A ciência termina sempre, em última instância, na problemática da verdade.

Ocorre que os cientistas ou os chamados filósofos da ciência ou os epistemólogos, que fazem teoria geral da ciência, limitaram bastante o campo da noção de verdade. O que significa limitar o campo da noção de verdade? No uso natural da linguagem, estamos acostumados a emitir uma série de enunciados, sem preocuparmo-nos se se referem ou não a um objeto ou dando por suposta esta referência, sem nenhuma atitude crítica.

Em troca, os cientistas consideram que somente têm sentido aquelas proposições que são verificáveis. Ou seja, as proposições que, uma vez afirmadas, podem ser comprovadas através dos sentidos, quanto a existência dos objetos aos quais se referem. Na medida em que o objeto afirmado, ou o estado de coisas, seja realmente existente, diremos que o enunciado é verdadeiro; caso contrário, é falso. Com este critério, os cientistas podem fazer uma delimitação entre proposições com sentido e proposições sem sentido. As únicas proposições que têm sentido são as verificáveis. Veja-se a limitação enorme que se estabelece através deste critério de verdade, na medida em que se o relaciona com a noção de verificabilidade.

55

Alguns adotaram, com respeito a este tema, um critério mais estrito: chegaram a pensar que somente têm sentido aquelas proposições que são "verificadas", não as verificaveis. Em consequência, se se tratasse das características dos satélites de Saturno, tratar-se-ia de uma proposição sem sentido, porquanto não está verificada. Igualmente alguns postulados da teoria de Einstein. Este critério de afirmar que a ciência usa somente proposições com sentido, quando são verificadas. é, sem dúvida, demasiado estrito. Por isto, o critério adotado geralmente é de proposições verificáveis ou é a proposta formulada por Popper. que pensa que os enunciados têm que ser "refutáveis" ou seja, que não é necessário que sejam verificados ou verificáveis, mas que se os possa refutar. Significa que é possível refutar, por experiência, um sistema científico empírico. Um enunciado como "Deus existe" não seria um enunciado refutável, porque não pode ser contradito por experiência. Curiosamente, frente a um enunciado complexo como o proposto, inverte-se a colocação habitual na qual se requer uma prova positiva. Neste caso, estamos frente a um critério negativo. Este enunciado não é empírico, pois não pode ser refutado pela experiência. A respeito. há que se fazer um esclarecimento: à diferença de outros autores, Popper não diz que os enunciados que não são refutáveis carecem de sentido, mas que não são enunciados empíricos; estabelece um critério demarcatório entre os enunciados empíricos e os que não o são, pela via negativa da refutabilidade dos mesmos.

A rigor, os critérios desenvolvidos intentam atingir o campo que chamamos semântico, um critério empírico da verdade; em alguns casos, mediante a limitação do âmbito significativo das proposições. Mas além dos diferentes posicionamentos do assunto tratado, o importante é destacar que este campo se estabelece mediante a correlação entre os enunciados e aquilo a que os objetos se referem. Esta correlação, por suposição, implica, em si mesma, no problema da verdade (fica excluída a verdade formal ou lógica) e o problema da verdade, na ciência, está ligado a isto que chamamos um critério empírico de verdade. O cientista, pois, realiza um estudo sobre objetos positivos, sobre objetos reais, sejam verificáveis ou refutáveis.

56

Com o exposto até aqui, em vez de dar uma definição de ciência, tentamos eselarecer os eampos fundamentais que caracterizam a ciência moderna, tratando, a partir de agora, de comprovar a possível aplicação deste esquema às eiêneias jurídicas.

Dentro do estabelecido anteriormente, pode-se ver a íntima conexão entre o campo semântico, a significação e a verdade. Por isto consideramos que é útil, para complementar a bagagem conceitual que vamos aplicar a posteriori ao direito, desenvolver uma teoria da significação. Trataremos, a respeito da teoria do significado de Frege, tal como a desenvolveu, no século passado. Evidentemente, este grande matemático, com independência dos questionamentos de Russell, viveu envolvido eom as relações entre a linguagem, a lógica e a ciência, como pressupostos fundamentais para construir uma teoria matemática.

Observando a linguagem, podemos dizer que estamos trabalhando com signos. Os signos podem ser meras inscrições, eomo na linguagem escrita ou os sons da linguagem falada. Sem dúvida, o signo, enquanto signo, indica algo além de si mesmo: dizemos que o signo designa. O signo designa algo. Na medida em que designa algo, está indo além da mera inscrição ou do mero som.

Se, neste momento, vocês não captassem nada além dos sons que eu emito, estes seriam mcros ruídos. Igualmente, as inscrições na linguagem escrita poderiam ser simples desenhos que não nos dizem nada. O problema do signo está em **como** se passa da expressão gráfica ou verbal e **a que** se passa. O que é o que designa o signo? Pareceria que o signo designa um objeto. Esta designação de um objeto, na linguagem de Frege, chama-se significado. O significado é o objeto a que se refere o signo, ou seja, que nos acercamos de eondições semelhantes àquelas que havíamos visto, quando desenvolvemos a teoria empírica do significado. Em vez de dizer signo, neste caso falávamos de enunciados que se referiam a um campo objetivo. Agora dizemos que os signos referem-se a um significado.

Se o objeto não existe, a proposição não tem significado? Isto é muito importante, porque, evidentemente, o primeiro pensamento de Frege, eomo cientista, está vinculado a encontrar o objeto ao qual se referem os enunciados e, em última instância, sua preocupação é com a verdade. Preocupa-se com a verdade, porque, já assinalamos, dentro da ciência, o ponto crucial é dado pela verdade ou falsidade das proposições. A noção de significado-objeto culmina com o valor da verdade das proposições. Buscar o significado é perguntar-se pelo objeto.

Sem dúvida, nesta relação de signo e significado não se encontra a solução definitiva ao problema da significação em geral. Atentem para o seguinte: se lhes menciono uma expressão eomo "unicórnio", por certo entendem-na; e, sem dúvida, o unicórnio é um objeto que não existe. Permanentemente nos referimos a objetos que não existem e, não obstante, dissemos que compreendemos o significado destas expressões. Este problema dá lugar a que entre signo e significado e xista algo intermediário, que Frege ehama "o sentido". Poderíamos pensar que o sentido é o nexo entre signo e o significado; mas dizer que o sentido é o nexo entre signo e significado, é dizer muito pouco. Úm exemplo pode aclarar o assunto. Se se identifica o problema da significação com a relação signo e significado, ou seja, entre signo e objeto. resultaria dificil explicar um problema deste tipo. Quando digo: "a estrela da manhã", posso estar referindo-me ao mesmo objeto do que quando digo "a estrela da noite". Em ambos os easos refiro-me ao astro, mas sem dúvida estou chamando ao mesmo por expressões diferentes. Em um easo, ehamo-o "estrela da manhã" e em outro, "estrela da noite", embora o objeto seja o mesmo. Isto sucede porque temos dois sentidos diferentes para um mesmo objeto. Há uma relação distinta entre signo e sentido e entre signo e significado (objeto). Há expressões que tên sentido, mas cujo objeto é irreal ou inexistente, ou expressões eom di ferentes sentidos que se referem ao mesmo objeto.

Quando Frege tem que definir o que é sentido, diz algo como: "o sentido é o pensamento". No exemplo que demos, pode-se pensar de duas formas distintas, com dois pensamentos (sentidos) diferentes, um mesmo objeto (o astro). Assim, o mesmo pensamento (sentido) permanece idêntico em expressões eomo "unicórnio", que sem dúvida não

tem significado (objeto). Os sentidos permanecem na esfera mental e a significação passa ao campo do objeto; relacionam-se com a esfera da verdade. A preocupação da ciência é passar do sentido ao significado.

Indubitavelmente é necessário fazer uma outra distinção sobretudo porque dizemos que o sentido é pensamento; e alguns poderiam interpretar "pensamento" como representação mental. Frege encarregase muito bem de distinguir o sentido da representação mental; nada tem a ver o problema do sentido das expressões (signos) com o problema das representações. Estas são subjetivas. Por exemplo, se nos puséssemos a imaginar um Bucéfalo, muito diferente pode ser a representação de um poeta da de um biólogo. O campo da representação é um campo subjetivo e, portanto, subestimado pela ciência. As representações, para Frege, ficam relegadas à poética. A linguagem poética tende a ser uma linguagem representativa, enquanto desperta nos leitores ou nos ouvintes diferentes tipos de representações. Para a ciência, ao contrário, o importante é a fixação dos sentidos. Mas não apenas sua fixação senão também a possibilidade de uma linguagem que indique objetos reais.

Temos agora ferramentas suficientes para fazer a inserção do direito neste esquema científico. Em princípio, deveríamos vincular a ciência jurídica com este quadro das significações e, além disto, averiguar as características destacadas no campo lógico, temático e semântico.

Previamente ao desenvolvimento desta proposta, quero aclarar que há certos tipos de filosofias, referidas ao direito, que têm sérias dificuldades ou mesmo impossibilidades de submeterem-se à estrutura proposta; por exemplo, o sistema de Santo Tomás. A respeito, bastaria tomarmos como paradigma os dois artigos primeiros da Questão 57 (De Jure), que configuram o início do Tratado da Justiça. No primeiro deles, propõe que o direito é objeto da justiça e, no segundo, a divisão do direito natural e positivo.

Quanto ao primeiro, só por sua menção deveríamos introduzir o tema dos valores, enquanto é condição necessária do ser jurídico, o ser

59

justo. Isto tem um primeiro inconveniente para aqueles que são subjetivistas em matéria de valores, ou seja, que pensam haver tantos critérios de justiça quantos sujeitos. De acordo com isto, o direito seria uma questão dependente das significações puramente individuais a ele atrabuídas, o que não parece razoável nem sequer de colocar-se.

Importa, dentro do marco científico, tratar com os objetos como entidades independentes das valorações (as possibilidades de êxito neste aspecto são discutíveis, mas é, pelo menos, um ideal da eiêneia desde o Renascimento). Quando um biólogo realiza uma investigação sobre determinados organismos, não se pergunta se são bonitos ou feios, se são bons ou maus, mas sim como estão compostos, naquilo que são suscetíveis de descrição e explicação.

Sem dúvida, os problemas da relativização dos valores não contam no Tratado da Justiça de Santo Tomás, pois, de acordo com o artigo segundo, existe um direito natural, imutável, e que estabelece a verdadeira relação justa. O homem pode estabelecer algo como justo, desde que não se oponha ao direito natural; isto seria o direito positivo (direito posto por um ato de vontade do homem). Mas, então, o direito positivo sofre sempre uma determinação substancial do direito natural que, desde o imutável, demarca a esfera do justo e do injusto. O direito positivo se dilui no direito natural.

Sem entrar na consideração se se aceitam como naturais, ou próprios da natureza e imutáveis, os valores que se incluem dentro do direito natural por definição, se o direito positivo resulta contraditório eom o direito natural passa a ser um direito injusto, o que, por sua vez, é contraditório com o artigo primeiro do Tratado que estabelece que o direito é objeto da justiça. Em conseqüência, uma norma positiva com tal caráter não seria norma jurídica. O critério de identificação das normas é a justiça; se esta característica falta, não há direito.

Além de uma análise dos valores, o positivismo assinalou um fato real: a norma existe, é vigente, independentemente de ser justa ou injusta. Isto dá lugar a que não se busque a regra de identificação do normativo no valor justiça, mas dentro de uma esfera imanente à mes-

ma possibilidade, a este direito posto pelo homem, ainda que justo e eontrário às normas do direito natural. Daí Austin poder dizer: — "O direito é uma coisa; não me interessam nem seu mérito, nem seu demérito".

Há algo que me parece interessante na mesma expressão do Austin. Disse: "O direito é uma coisa", com o que este aparece como "coisa", em um sentido naturalista; em um sentido semelhante ao do cientista das ciências naturais, que estuda seu objeto como uma "res", que trata de descrever.

Com este corte na maneira de observar o jurídico, com independência do mérito ou demérito, ou de qualquer conjunto de valores imutáveis, salvo a "coisa" mesma, não é estranho que Austin descreva as normas jurídicas como um ato de vontade, como um mandato, que basicamente estaria denotando uma relação entre os indivíduos.

Com independência das idéias de Austin, há outro pensamento que converge, com diferentes resultados, para observar o direito desde a positividade. É o pensamento de Kant. Kant trabalhou sobre a distinção entre direito e moral, com uma tradição que tinha seus antecedentes em Tomásio e que, em muitos aspectos, prolongaram-se até Kelsen. A distinção entre direito e moral relegava esta última ao foro interno e caracterizava o direito como coativo (exteriorização). As normas morais estão ligadas ao foro interior do homem que as reconhece no exercício da razão (a lei moral em si mesma). As normas jurídicas seriam tipicamente coativas. Nesta demarcação entre direito e moral, tende-se também a levar em conta, fundamentalmente, o direito positivo, particularmente pelas consequências que traz a distinção.

Quando Santo Tomás descreve o direito eomo direito justo, líga-o intimamente com o tema da moral e, em troca tratando de distinguir entre direito c moral, aquele primciro tende a transformar-se em uma categoria autônoma. Kant não pode criar claramente uma categoria jurídica distinta da moral, pois, em sua obra, os problemas jurídicos têm suas raízes na crítica da razão prática, donde investiga o ser moral. Enquadrando o problema jurídico a partir da Crítica da Razão Prática, o

direito segue inserido, apesar das distinções com a moral, especialmente em sua natureza básica, como é a liberdade, que resulta em fundamento idêntico para a ética e para o direito.

Retomando nossa interrogação sobre o campo temático na ciência jurídica, parece claro que, do esquema lançado, teremos que partir exclusivamente do direito positivo, eliminando a direção valorativa para nos enfrentarmos com uma pura objetividade. Este é um dos sentidos pelos quais Kelsen pretende realizar uma teoria pura do direito. É manifesto que as possibilidades de realização de uma teoria aceitável são discutíveis, porque não somente ficaria eliminado o valorativo, mas também o ideológico. Não obstante, nosso objetivo básico agora é tratar de configurar o modelo científico dentro do âmbito jurídico e ver as suas conseqüências.

De acordo com o grito de batalha de Austin, "que coisa é e objeto positivo das ciências jurídicas"? Independentemente do questionário posterior sobre o objeto do direito, tomamos a resposta que diz o que é a norma jurídica positiva. As normas jurídicas postas pelo homem, em um tempo e espaço determinados, criadas e aplicadas de acordo com um mecanismo, disposto pelo sistema dentro do qual a norma se integra. Ditas normas não são senão as normas pertencentes à legislação vigente no Brasil, na África, ou onde for. Começamos a descrevê-las de uma maneira semelhante a um zoólogo que descreve suas unidades.

As normas jurídicas positivas de um país constituem o material de arranque e o campo temático. Mas a propósito deste último, há que se estabelecer seus limites. Uma maneira de fazer ciência positiva está vinculada à investigação sobre as normas do direito penal ou do direito processual. Neste caso, o campo temático da ciência jurídica ou penal será delimitado pelo critério demarcatório entre os distintos ramos do plexo normativo nacional.

Há, sem dúvida, outra perspectiva para analisar as normas; é o caso em que se pretende descrever os elementos juridicamente comuns a este plexo normativo. Em vez de referir as normas do direito processual, descrever-se-ia o sistema de normas em geral. Trata-se de fazer uma teoria geral do direito, da mesma maneira que o biólogo faz biologia especial e biologia geral. Podemos, ademais, estendermo-nos para além dos limites do direito nacional positivo e abarcar todos os direitos positivos vigentes.

Desde logo, ao fazer isto, há que earacterizar a norma.

Se estamos frente a normas jurídicas positivas, é preciso distingui-las de outro tipo de normas, tais como as religiosas, sociais e morais. Por isto, autores como Kelsen adotaram uma característica definidora a respeito: a sanção. As normas jurídicas são normas sancionatórias, pois nelas existe uma nota de coação.

A coação como característica não é adotada, arbitrariamente, mas pelo contrário, retira-se da realidade jurídica universal. É indubitável que todos os sistemas jurídicos atuais usam uma técnica indireta de motivar conduta: a ameaça de uma sanção para aquele que cometa o ato socialmente indesejável. Segue-se que o elemento coativo transforma-se em uma noção primitiva chave, a partir da qual pode-se elaborar uma teoria geral do direito.

Antes de uma averiguação deste tipo, faremos todas as ressalvas correspondentes, pois autores importantes, como Hart, não aceitam a coatividade como critério de definição do jurídico.

A partir da característica definidora do direito, é preciso considerar a estrutura da norma. Seguindo o desenvolvimento Helseniano, a estrutura normativa seria um juízo; precisamente um juízo hipotético, que se distinguiria de outro juízo semelhante, por exemplo, de uma lei física, porque, em conseqüência do mesmo, encontramos o elemento coativo e, porque a natureza do nexo relacional entre o antecedente e o conseqüente, em lugar de criar uma relação causal, estabelece uma relação de imputabilidade.

Claro está que a nota de coatividade não caracteriza a uma só norma, senão ao conjunto das normas, a todas as normas positivas vigen-

tes dentro de um direito nacional; ao mesmo tempo, este conjunto de normas pode ser pensado como uma ordem (como um sistema de normas) e então o elemento coativo está caracterizando esta ordem. Desta forma, quando observamos o direito, referimo-nos a um conjunto or denado de normas coativas. O direito seria uma ordem coativa.

Realizamos assim uma definição por gênero próximo e diferença específica, habitual para as ciências naturais e que serve para delimitar o campo de objetos sobre os quais temos de radicar nosso estudo.

SEGUNDA PARTE

Nossa análise continuará desenvolvendo o problema relativo ao campo lógico. Em particular, o relativo à dedutibilidade. Havíamos afirmado que as normas jurídicas são dedutiveis, porquanto se pode in ferir as normas inferiores das superiores. Isto se explica através da teoria da validade e da teoria do sistema. Consideremos a noção de validade e de sistema.

Existem dois sentidos para a palavra validade. De um lado, podemos dizer que a norma jurídica é válida dentro de um sistema estático, quando falamos de sua existência enquanto tal. Em sentido dinà mico, teríamos que usar a noção de sistema: a norma jurídica é válida, na medida em que foi criada conforme as condições estabelecidas pela norma superior.

Este segundo sentido, dinámico, da noção de validade, nos faz retornar à idéia de sistema. Cada vez que falamos de sistema jurídico, nos referimos a uma hierarquia de normas. Estas não se encontram todas no mesmo nível. Por uma simples comprovação, notamos que as normas jurídicas encontram-se em níveis distintos; uma norma geral não é o mesmo que uma sentença. Na idéia de hierarquia já está insita a idéia de sistema. Esta maneira de pensar sistematicamente encontrase vinculada, na sua intimidade, com todo o problema lógico. Em especial, desde Euclides até aqui. Refiro Euclides, dando um marco, uma circunstância histórica, mas poderíamos, também, dizer, o pensamento grego.

RCGE, Porto Alegre, 6(15): 51-76, 1976

Oual é, na realidade, a grande vantagem do pensar sistemático, de um pensar em função de um sistema dedutivo? Os que vieram antes dos gregos, e estamos fazendo uma generalização, tinham indubitavelmente conhecimentos geométricos, através de um sistema tipicamente empírico. Com base nestes conhecimentos, puderam realizar as magnificas construções que hoje constituem um testemunho. Mas esfe sistema de medições empíricas podia não significar o manejo de um sistema de conhecimentos de geometria. Diremos que não trabalhavam com um sistema de regras geométricas, senão com um catálogo das regras. Para cada situação havia uma regra conservada por escrito ou na memória. Frente a cada problema concreto, recorriam ao catálogo de regras, para usar a adequada ao caso.

A revolução que efetuou Euclides dentro da geometria foi a de estabelecer um sistema dedutivo. Em vez de trabalhar com um catálogo de regras, partiu de um conjunto de regras fundamentais (axiomas) e, a partir daí, estabeleceu uma cadeia dedutiva, que pode solucionar todos os casos possíveis, a partir deste conjunto mínimo de axiomas.

Isto é fundamental para entender o conceito de validez, porque cada vez que falamos de validade das normas jurídicas temos uma hierarquia de normas, normas inferiores deduzidas de normas superiores. Usamos a palavra "deduzidas" dentro do jurídico, para significar um processo no qual as normas inferiores surgem por um mecanismo de aplicação e de criação, de acordo com as condições estabelecidas na norma superior. É claro que a norma superior pode determinar a forma do procedimento e, ao mesmo tempo, grande parte do conteúdo da noima inferior, com maior ou menor restrição. Estes seriam os dois campos de determinação das normas superiores em relação às inferiores. Sem dúvida, a forma de determinação que mais nos interessa, a mais afeita às idéias que manejamos, é a maneira, a forma e o procedimento que estabelecem a norma superior para a criação da inferior.

Vê-se que tem sentido a formulação da pergunta que fez Kelsen frente à aplicação de uma sentença. Porque é válido um ato de aplicação de uma sentença? Porque é válida uma sentença que condena à morte ou ao pagamento de uma indenização por perdas e danos? Para explicar isto, teremos que compreender que o conjunto de normas positivas não se encontra em uma relação de **horizontalidade**, mas que configura um sistema. Para formar um sistema, estão as normas positivas dispostas em uma relação vertical e hierárquica, e têm uma forma de derivação das superiores às inferiores.

A partir desta perspectiva, é fácil entender que a pergunta da validade de um fato, como a morte de um homem nas mãos de um carrasco, ou a execução de bens num leilão judicial, nos remete sempre a uma norma superior. O ato do carrasco, ou o da execução de bens, são a aplicação de uma sentença; e a sentença é a aplicação de uma norma geral. Esta, por sua vez, deriva da Constituição. Assim mesmo, se nos perguntarmos pela validade da Constituição positiva, poderíamos remontar, em ordem de derivação, a uma primeira Constituição histórica e, ainda antes desta, perguntar pelo fundamento de validade desta primeira Constituição histórica. Aqui se encontra a chave para construir um sistema dedutivo, uma ordem lógica de derivação das normas jurídicas.

A alguns autores pode ocorrer que o estabelecimento do fundamento de validade da primeira Constituição esteja em um ato de vontade popular, expresso através de uma assembléia; ou a outros, deriválo de alguém, que se considera enviado ou representante da divindade, ou talvez, porque tenha sido imposto pela força de uma classe, que detenha o poder. Qualquer das soluções propostas nos tiram do terreno rigorosamente normativo e nos levam ao campo dos fatos, chamem-se estes ato de verdade popular, ato da divindade ou atos da força por parte da classe dominante. Com este tipo de fundamento nos colocamos fora do sistema de normas, e, através dele, Kelsen, para "criar" um sistema puramente normativo, inventou a chamada norma básica ou fundamental, que dá validade a todo o sistema que se constitui em sua unidade.

Esta norma não é positiva, senão por suposição, e cumpre a função de operar como um suposto gnoseológico, com características semelhantes a dos axiomas da geometria euclidiana, ou a dos postula-

dos dos sistemas lógicos modernos. Enquanto o cientista trabalha com normas jurídicas, a validade de seu sistema parte de uma norma suposta (não positiva).

Como se pode formular a norma básica? Bem, podemos dizer que a primeira Constituição ou a Constituição tem seu fundamento de validade em uma norma suposta que diga: "O que os pais da pátria determinam, deve ser" ou "O que o usurpador diga, deve ser". Se quisermos formulá-la abstratamente, dizemos: "Se A manda e B geralmente obedece, então deve ser que A mande e B obedeça". Nesta formulacão, a primeira parte da expressão (se A manda e B obedece) é uma afirmação sobre um fato, sobre algo que ocorre no mundo fático, no mundo do ser; em troca, a segunda parte (... então deve ser que A mande e B obedeca), tem um sentido totalmente normativo, que estabelece uma relação imputativa, devida, entre o antecedente e o consequente. Isto quer dizer que, na formulação da norma fundamental, existe uma transposição do mundo do ser (fático) ao mundo do dever (imputação). Esta transposição implica num deslocamento desde o fato até a norma, entendendo-se a normatividade como um sistema puro, de regras válidas, recortadas do mundo social e real, por obra desta suposição a que chamamos norma básica.

Podemos nos perguntar, o que supõe a norma básica? Supõe a eficácia do sistema. Através dela, passa-se do ser ao dever, da faticidade a uma normatividade pura, mediante a suposição do elemento fático para a construção de normas jurídicas.

Vejamos do que se trata. A eficácia do sistema pode ser entendida em dois sentidos distintos: primeiro, que a conduta dos cidadãos se ajuste ao cumprimento das obrigações jurídicas, ou seja, que se abstenham de cometer as condutas não desejadas socialmente; segundo, há um sentido mais forte de eficácia, particularmente para aquelas teorias que adotam, como critério distintivo da juridicidade, o elemento sancionatório. Este aspecto da eficácia refere-se à aplicação da sanção. Uma norma deixa de ser eficaz quando os juízes não aplicam a sanção.

Agora é preciso estabelecer as relações entre a noção de valida. de e a de eficácia. Uma primeira interrogação a respeito disto é a seguin. te: se os juízes não aplicam a sanção, é ela, sem dúvida, válida? Tome mo o caso do duelo na Argentina. Apesar de os atos do duelo estarem sancionados pelo Código Penal argentino, os juízes, frente a este tipo de situação, não aplicam a sanção. Neste caso afirmamos que a norma é válida, mas não é eficaz. Usando o primeiro sentido de validade, consideramos que a norma existe, mesmo que não seja eficaz porque os juízes não aplicam a sanção. Será válida até a sua derrogação.

Esta mesma interrogação podemos formular a nível mais geral, não com respeito a uma norma em particular, senão em relação ao sistema em sua totalidade: pode haver um sistema de normas válido. mas que não seja eficaz em geral? Evidentemente é um pouco difícil de conceber; seria algo assim como pensar válidas, atualmente, as normas do direito romano (entenda-se: com o uso que damos, dentro deste contexto, à expressão validade). Seria um absurdo. Na realidade, a eficácia do sistema, a aplicação, por parte dos juízes, da generalidade das normas jurídicas, é condição "sine qua non" da validade. Uma norma individual pode ser válida sem ser eficaz, mas, para o sistema, a eficácia e uma condição necessária da validade.

Estamos em condições de conectar as noções de validade e eficácia com a norma básica. Precisamente, esta condição estabelecida, que implica na eficácia em relação à validade do sistema jurídico, está suposta através da norma básica fundamental. A norma básica é uma suposição da seguinte estrutura: "se há eficácia, então há validade do sistema" (se A manda e B obedece geralmente, então deve ser que A mande e B obedeça). Mas a eficácia do sistema está suposta por uma norma que funciona axiomaticamente e aparece como uma mera proposta do cientista, que exclui os problemas concretos da realidade, vinculados com o mundo fático. Sempre fica pendente a pergunta: por que um sistema é eficaz? Frente a esta pergunta, com os elementos reunidos até aqui, só podemos dizer: o sistema é eficaz porque é eficaz, porque se supõe eficaz. Isto é tautológico, não aborda um conhecimento sobre algo real.

Através da norma básica pode-se criar um sistema puro de normas, às eustas de ocultar a problemática da eficácia.

Concluímos assim a temática da dedutibilidade das normas, deixando para complementar a segunda característica do campo lógico: a coerência do sistema. Em geral, sabemos que dentro dos sistemas jurídicos existem normas que são incompatíveis, contraditórias entre si. Este tipo de contradições ou incompatibilidades não as referimos no terreno subjetivo, mas no intra-sistemático e dentro das esferas de normas válidas. Tampouco nos referimos a contradições do tipo ideológico, mas levantamos a possível incompatibilidade entre normas do mesmo nível hierárquico ou de diferentes hierarquias. Seja o caso das sentencas contraditórias entre si, emanadas de tribunais de nível idêntico, ou de normas gerais que contradizem as disposições constitucionais, ou sentencas em conflito com normas gerais.

A maneira de solucionar estes conflitos se produz por meio de um processo auto-regulável do sistema jurídico. Serão os tribunais superiores, seja o de Alçada ou a Corte Suprema, os que, em última instância, decidirão sobre qual das normas contraditórias se mantém válida.

No que diz respeito a um ponto de vista lógico, parece aceitável a tese kelseniana de que o órgão superior outorga uma alternativa genuína ao órgão aplicador da norma, para escolher entre um dos sentidos contraditórios possíveis. Não obstante, sob outras perspectivas, esta posição pode resultar de pouca força e não convincente.

Iremos agora ao campo semântico. Em primeiro lugar, temos que fazer um esclarecimento: grande parte do desenvolvimento de nosso tema foi centralizado, pensando na atividade do cientista, seja tratadista de direito civil ou de direito penal. Por isso se impõe fazer uma distinção. Uma coisa são as proposições do cientista, e outra as normas jurídicas. As normas jurídicas, que estão no Código Civil ou no Código Penal, ou em qualquer outro, não são as proposições que faz o cientista, descrevendo as ditas normas. Isto pode-se entender melhor se explicarmos, a nível de linguagem, qual é a diferença das funções lingüísticas entre as proposições dos cientistas e as normas jurídicas. As proposições dos cientistas têm uma função informativa. Transmitem uma informação. Esta informação pode transmitir-se bem ou mal, pode ser verdadeira ou falsa. Quer dizer que as proposições dos cientistas podem ser proposições verdadeiras ou falsas em sua descrição do direito, das normas jurídicas, que, aparentemente, constituem o objeto de referência dessas proposições.

As normas jurídicas implicam também em uma linguagem informativa? Parece que não. As normas jurídicas são prescritivas, têm uma função tipicamente imperativa. São ordens. Não é em vão que Austin, quando pensou a norma jurídica, o fez em relação ao mandato, ou às ordens respaldadas em ameaças. Esta função diretiva da linguagem nas normas jurídicas permite indagar se as ordens podem ser verdadeiras ou falsas. Há verdade ou falsidade em uma ordem? Se dissermos a um subordinado uma expressão deste tipo "fecha a porta", esta expressão é suscetível de verdade ou de falsidade? Há um caso em que se torna possível este discernimento, por exemplo, quando sc descreve a ordem de outro. Por exemplo, para o caso em que alguém perguntasse a nosso subordinado "que te disseram"? Ao que este responderia: "Disseram — feche a porta". Esta expressão é explicativa, informativa, para o que perguntou e portanto suscetível de verdade ou falsidade, porque o informante bem pode enganar-se por um problema auditivo e responder: "Disse — feche a janela". Sem duvida, a ordem, em si mesma e em relação ao subordinado que a recebe, não é suscetível de verdade ou falsidade.

A diferença fundamental cntre uma norma e uma proposição jurídica não está determinada somente por quem a emite — em um caso, o cientista do direito e, em outro, o órgão competente de acordo com a ordem jurídica positiva, — senão pela funcionalidade distinta de ambas. As proposições jurídicas têm uma função informativa, suscetível de verdade ou falsidade; as normas jurídicas são imperativas, não suscetíveis de verdade ou falsidade.

Feito este esclarecimento, podemos nos interrogar sobre qual é o objeto da ciência jurídica. Recordemos que, quando referimos cam-

po semântico, o significado se determinava com a referência do signo a um objeto, objeto que, por suposição, pode ter uma existência real ou não, determinando, por sua vez, a verdade ou falsidade dos enunciados. O significado é objeto de referência na teoria de Frege. Cada signo (neste caso o enunciado funciona como signo) indica, assinala um significado, que chamamos objeto. O objeto é a referência do signo e, em sendo real, falaremos de enunciado verdadeiro.

Quanto ao sentido, sabemos que se reduz ao âmbito do pensamento, ficando excluida a representação dos interesses da ciência.

Agora perguntamos: qual é o significado das proposições jurídicas? Qual é seu objeto? Evidentemente as proposições jurídicas tendem a descrever a norma jurídica. Em consequência, o objeto da ciência jurídica são as normas. E os sentidos das proposições? O cientista descreve normas jurídicas, e às vezes pode fazê-lo facilmente; a descrição, em tal caso, não corresponde à norma real. Sem dúvida, entende-se o sentido da proposição porque o sentido se mantém na esfera do pensamento.

É bastante razoável, a esta altura, concluir que o objeto da ciência do direito são as normas jurídicas. Mas se nos fixarmos nestas, em si mesmas, como um conjunto de prescrições inseridas em um código, ou no corpo legislativo do qual se trate, referem-se elas a algum objeto? Se as normas são ordens, se sua função é unicamente prescritiva, se as prescrições não são nem verdadeiras nem falsas, poderíamos deduzir que as normas jurídicas não têm um significado, no sentido de um objeto de referência concreta, que daria lugar aos problemas de verdade e falsidade. Em suma, estabeleceriam uma relação de motivação. O direito como normatividade não teria objeto. As normas seriam sentidos sem significado: sem referência objetiva. Algo assim como objetos ideais, pertencentes ao campo do pensamento. Ainda que deste ângulo, poderíamos concluir que a matéria é questionável, pois o objeto de uma prescrição pode muito bem ser a conduta daquele a quem é dirigida, de maneira tal que também os valores de verdade se atribuiriam à realização ou não da mesma.

Todos estes racioeiniós tendem a considerar as normas juridieas como objeto da ciência do direito, mas ao voltarmos sobre este conjunto de prescrições, de imperativos, é possível tratar de analisar a que classe de objeto são as mesmas? Se Austin dizia que o direito é uma "coisa", que classe de coisa é o direito? As normas jurídicas são objetos ideais, à maneira dos números, ou são objetos semelhantes a entidades naturais, ou por fim, são objetos culturais? Todas estas incógnitas surgem quando se pensa que as normas são o objeto do direito, e porque autores como Kelsen deixam esta temática um pouco nebulosa. Por es te motivo, é muito importante comentar a obra de Carlos Cossio, o criador de "teoria egológica" do direito, e relacioná-la com alguns dos pontos do esquema elaborado até agora.

Cossio também insere sua teoria dentro de uma teoria da significação. Toma, como ponto inicial, a primeira investigação lógica de Husserl, na qual se faz uma importante análise do tema do significado. Nós vamos, não obstante, inseri-la no sistema de Frege, que teve controvérsias com Husserl.

Cossio afirma que as normas jurídicas são um signo, seja verbal ou escrito, mas o objeto do direito é a conduta humana. O objeto, o que indica o signo, que chamamos de norma jurídica, é sempre uma conduta. Ao mesmo tempo, quando falamos do sentido dos signos, vinculamos sentido com pensamento. Precisamente, uma das teses cossianas refere-se a que as normas jurídicas são o pensamento da conduta. Com estes elementos pode-se distinguir os âmbitos fundamentais da teoria de Frege: as normas se mantêm no âmbito do pensamento, como sentidos das condutas, e estas, enquanto objetos do direito, cobrem o âmbito do significado jurídico. O objeto do direito não são as normas, mas as condutas. As normas, ademais, são objetos culturais por definição.

Esta discussão, sobre se o direito é uma ciência com objeto ou sem ele, ou sobre que tipo de objeto tem a ciência jurídica, apresenta muita relação com o tipo de atividade a partir da qual se observa o juridico. Para o legislador e o juiz, a conduta humana aparece como um tema relevante, uma vez que sempre estabelece um laço entre a norma e as condutas da comunidade em geral, ou uma conduta em particular.

RCGE, Porto Alegre, 6(15): 51-76, 1976

por outro lado, para o cientista do direito, seu objeto de análise, a partir da definição esboçada de ciência, parece ser, de imediato, a norma juridica positiva que descreve. Claro está que assim poderíamos considerar que, desta maneira, o cientista faz uma elipse com respeito à conduta, que seria, em definitivo, o objeto real da normatividade.

Até agui focamos as questões relativas ao campo semântico. Agora podemos passar a um projeto mais ambicioso. Formada a estrufura lógica do sistema de norma jurídica, pode-se tentar a possibilidade de uma formalização, e mais, obter, definitivamente, uma linguagem exata para esta ciência. Neste sentido, Kelsen pode diminuir as distâncias: primeiramente, através de uma definição por gênero próximo e diferenca específica. O gênero, normatividade (moral, religiosa, social ou jurídica) e a diferença específica, a coação que distingue o particularmente jurídico. Desta maneira, o direito é uma ordem (sistema de normas) coativa e a norma jurídica, um juízo hipotético de dever, coativo.

A este respeito pode-se fazer uma formalização da norma jurídica como juízo hipotético que afeta a forma lógica S)P. Sem dúvida, a norma em si indica diferentes sentidos. Por exemplo, às vezes proíbe e outras vezes permite ou obriga. Neste aspecto, estamos assinalando modalidades dos enunciados normativos, que constituem o que se chama modalizações deônticas, para distingui-las das modalidades aléticas de Aristóteles. Por exemplo, dizer que a conduta X é obrigatória, não permite afirmar nada sobre a verdade, necessidade ou possibilidade (modalidades aléticas) do enunciado que menciona tal conduta.

Tentaremos agora a formalização do que foi dito; "p" é uma variável proposicional, que indica um enunciado normativo, não modalizado. Logo, podemos distinguir os modalizadores deônticos. Partimos da modalidade "é obrigatório que...", e simbolizamos obrigatório da seguinte maneira: "O", chegando, em consequência, à seguinte formalização: "Op", que se lerá "E obrigatório que p". Temos, com isto, uma regra de formação de uma norma, mediante a união de um operador modal deôntico "O" e "p", que representa uma variável proposicional.

A partir daqui, trataremos de deduzir outras modalidades de ônticas. Partamos da negação de "p", que simbolizaremos com a letra "N", teremos então "Np". Se Op fosse nm enunciado, como por exemplo "obrigatório rir", agora teríamos ONp, ou seja, obrigatório não rir. Neste caso, obrigar a não rir é igual a proibir rir, com o qual aparece intuitivamente outro modalizador deôntieo: "é proibido que...", que simbolizaremos com a letra V; desta maneira obteremos uma primeira igualdade: Vp=ONp.

Por outro lado, dizer que uma conduta é obrigatória é equivalente a afirmar que sua omissão está proibida, o que simbolizaremos assim VNp (no exemplo dado seria: "proibido não rir"). Op=VNp.

Falta-nos extrair um tercciro operador, que é a "permissão". Dizer que está proibido rir (Vp) é igual a afirmar que não está permitido rir. Este operador será simbolizado pela letra P "é permitido que..."; de acordo com o que se disse, teremos: Vp=VPp.

A partir da aparição deste operador, poderíamos estabelecer um sistema de equivalência entre eles, de uma forma semelhante ao procedimento que efetuamos para deduzi-lo. Uma norma afetada pelo operador deôntico O pode transformar-se em outras equivalentes, onde apareçam os operadores P ou V. Desta maneira poder-se-ia chegar a um quadro de interdefinições dos operadores modais deônticos do seguinte tipo:

Com este desenvolvimento, vislumbramos a possibilidade de uma estrutura lógico-formal da normatividade. Não só foi possível enquadrar o direito, com alguma margem de discussão, dentro das formulações iniciais sobre os âmbitos da ciência, como também chegamos a uma formalização da norma, de acordo com esta linguagem lógico-formal, dentro da qual se poderia definir, como faz Roberto Vernengo, em sua Teoria Geral do Direito, como uma expressão proposicional bem formada, afetada no todo ou em parte por um operador modal deôntico.

Por este caminho, chegamos à construção de uma linguagem formal e exata para o jurídico, que se desprende da linguagem natural que domina as formas de expressão das normas. Isto tende a dominar a objetividade que constitui o eampo temático de uma ciência determinada, com linguagem exata, que minimizaria os fenômenos da ambiguidade e variedade, próprios das linguagens naturais. Com isto reduzimos a ciência jurídica aos postulados metodológicos da ciência lógico matemática, que têm como consequência a criação de um tipo de linguagem, apto para armar uma cibernética jurídica.

Trabalhando nesta direção, as normas jurídieas não são somente objeto da ciência jurídica, mas também adquirem o caráter de objetos ideais, de verdadeiros objetos lógicos, deseonectados da realidade a que se referêm.

Kelsen, com grande acerto, criou uma metalinguagem, para que se pudesse formular uma teoria geral do direito dentro de uma esfera lógico-formal, como o fez Von Wright em sua Norma e Ação. O problema que estas teorias criam está configurado por aqueles que absolutizam o enfoque e suas consequências, mesmo porque não se encaixam os modelos lógico-formais dentro de uma realidade social, ou porque, por esta via, cancelam-se os problemas da significação, que surgem do fato irreversível de que a linguagem jurídica é uma linguagem natural; e, em sendo uma linguagem natural, remete à subjetividade do indivíduo que a expressa, a suas pautas culturais, e à sua história.

A acentuação de uma ling agem lógico-formal ou exata para o direito tende a abstrair-se das questões da significação, e desconecta-se totalmente, em alguns casos, da objetividade e da vida social da qual provém, criando uma estrutura artificial. Em troea, a partir da assunção do direito como um conjunto de normas expressas em uma linguagem

natural, abre-se sempre o enorme terreno da significação, que nos vincula com um fenômeno oposto ao assinalado: a polisemia da linguagem e sua referência necessária ao contexto de onde surge e para onde se dirige. Poderíamos obter múltiplos sentidos, surgidos de uma mesma norma e referidos a um mesmo objeto.

(continua no próximo número)

DOIS ESTUDOS SOBRE O DIREITO NATURAL

I - O MOMENTO PRESENTE E O DIREITO NATURAL

PLAUTO FARACO DE AZEVEDO

Professor adjunto e pesquisador da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul; doutor em direito da Universidade Católica de Louvain, Bélgica.

"Human nature cannot by any means subsist without the association of individuals, and the association never could have place were no regard paid to the laws of equity and justice".

Hume

A mais superficial reflexão sobre o momento histórico presente permite que se constate a existência de diversidades culturais, em diferentes partes do mundo, e sugere a necessidade de sua harmonização. Todavia, entendendo-se que este objetivo deva ser buscado, é preciso abandonar o plano das inferências fáceis e perquirir a origem e a natureza das divergências culturais existentes.

Tal indagação encontra-se no centro da problemática que aflige o ser humano, constituindo-se em aterradora ameaça, pois há uma consciência cada vez mais aguçada de que, ou se estabelece, de algum modo, a prazo mais ou menos curto, formas de convívio mais consentâneas com as exigências da justiça e da eqüidade, tanto no âmbito de cada Estado, quanto no âmbito da sociedade internacional, ou a própria espécie humana pode extinguir-se. Para aferir-se o alcance desta dramática possibilidade devem-se considerar os elementos essenciais da tão propalada crise de nosso tempo.

É pouco dizer-se que tal crise tem caráter geral, embora os juristas falem e escrevam amiúde sobre a **crise do direito**, "considerando a como um fenômeno excepcional, a ser explicado por razões particulares, deixando, em consequência, de ligá-la a fenômenos análogos de outros setores da vida social" (1).

Tampouco mostra-se suficiente à percepção de que já dura cerca de meio século, podendo-se identificar seus primeiros signos na acutização dos problemas sociais no interior dos Estados e no agravamento das questões internacionais, precursores das duas guerras mundiais (2).

Já é mais esclarecedor ponderar-se que "talvez seu aspecto juridico não seja o mais grave, pois constitui o reflexo de uma crise que abrange a totalidade de nossa civilização", sendo justificado falar-se em "uma transformação que se acha em curso, abrangendo toda a nossa vida econômica, moral, social, internacional, e, apenas indiretamente, jurídica (³). Na verdade, encontramo-nos em face de um novo mundo que irrompe, com características e exigências novas, cuja natureza é preciso bem compreender como condição do estabelecimento de normas jurídicas que lhe sejam consentâneas. Inserindo-se o jurídico na tessitura geral de nossa época, é enganoso considerá-lo isoladamente. Tomando-se esta via, amontoam-se leis sobre leis, abusando-se do caráter instrumental destas, sem que se chegue à diminuição dos atritos perceptíveis no organismo social, ou à composição dos interesses aí conflitantes. Enquanto, por esta forma, se procrastina o trabalho legislativo, a realidade não cessa de evoluir, até que, atingido o ponto em que

78

suas demandas se tornam cruciais, surge a ilusão de remediá-las através das "leis-recortes", resultantes da cisão "de algum projeto-de-lei, que havia sido concebido em sua totalidade, de algumas normas que se consideram improrrogáveis e se editam apressadamente..., não inspiradas em um pensamento reformador orgânico..., ineptas para regular duravelmente a situação" (4). Deste modo, sobre a crise geral, sobrepõese a crise específica do Direito (5), eis que as normas jurídieas, pelo simples fato de serem enunciadas, geram convicções, culminando, por vezes mesmo, em fetichismo legal aprioristicamente contrário à modificação do esquema regulador da vida coletiva.

Nestas condições, pode-se afirmar que a consideração do Direito em um contexto cultural global impõe-se como premissa necessária à sua compreensão e, por consequência, ao encontro de soluções apropriadas às forças sociais integrantes do quadro histórico, das quais apenas artificialmente pode ser separado. Como resultado de tal desvinculação, pode-se chegar ao conceptualismo jurídico, forjado à luz dos dados formais do ordenamento jurídico e teimosamente afastado dos dados da vida real. Dada a sua insuficiência, é preciso ultrapassá-lo, examinando a origem e a natureza do quadro histórico de que são parte as regras legais. Assim procedendo, estar-se-á evoluindo no sentido da apreensão dos valores por que se deve orientar a ordem jurídica capaz de propiciar a pacificação dos interesses contlitantes, no plano internacional e no interior de cada Estado, de vez que, guardadas certas caracteristicas específicas, uns e outros não parecem diferir substancialmente.

De modo sintético, a questão fundamental que deve ser respondida respeita à **especificidade das condições de nossa época:** como se apresentam, qual a sua origem e natureza, que perspectivas futuras permitem vislumbrar à sociedade humana.

O dado mais facilmente perceptível consiste no extraordinário desenvolvimento científico e tecnológico. Pela primeira vez, o homem realizou uma verdadeira dominação da natureza, capaz de proporcionar-lhe novas condições existenciais, envolvendo o mundo em uma rede técnica, que opera como "uma imensa usina destinada a explorar

⁽¹⁾ Ravà, Adolfo. "Crisi del diritto e crisi mondiale". In: Belladore Pallieri, G. et alii. La crisi del diritto. Padova, Cedam, 1953. p. 56 nota 21. O autor excetua F. Lopez de Onate. La certezza del diritto, Roma, 1942. 2. ed. 1950, cap. II, que alude, preliminarmente, à "crise da nossa época"; e também F. Carnelutti que no seu Discorsi intorno al diritto, Padova, 1937, p. 167-82 se refere ao "aspecto jurídico da crise da civilização".

⁽²⁾ Ibid., p. 66.

^{(3) &}quot;Le guerre e le rivoluzioni di questi ultimi decenni non sono che tragiche manifestazione del profondo travaglio in cui si dibatte la strutura sociale del mondo e con essa lo stesso orientamento morale dell'umanità nella ricerca, finora vana, dello sbocco in un diverso assetto, che presenti un certo grado di stabilité". Ibid., p. 66.

⁽⁴⁾ Ibid., p. 68.

⁽⁵⁾ Ibid.

suas matérias-primas e energia" (6). Nossa época é tão importante quanto aquela em que se criou o primeiro instrumento, singularizando-se pela consciência cada vez mais lúcida de estar-se vivendo um momento decisivo, sem similar no passado. "Vivemos uma situação espiritualmente incomparável e grandiosa, porque rica em possibilidades e perigos", de tal sorte que se nos revelarmos incapazes de colocar-nos à altura de seu desafio, pode "converter-se no período mais miserável da história, sinalando a ruína da humanidade" (7). A ambigüidade do presente consiste em que, se não se pode excluir que a humanidade se encontre próxima de seu fim, é também concebível que se encontre no umbral de uma nova era de realização, na qual, utilizando-se dos meios técnicos disponíveis, seja possível um avanço fecundo, fundado sobre a experiência do passado (8).

Para que a última parte dessa dramática alternativa se possa converter em realidade, é indispensável refletir-se sobre a situação presente, seus pressupostos e alternativas futuras.

Considerando-se o campo do conhecimento, constata-se um descompasso entre o avanço científico, ligado ao campo da tecnologia, e o adiantamento das Ciências Sociais, daí resultando um "obstáculo à realização dos ideais humanos", pois "o progresso científico e tecnológico em geral só tem razão de ser quando entendido à luz de sua dimensão humana" (9). Enquanto a moderna tecnologia propiciou mira-

culosas realizações (10), as sociedades humanas ainda se defrontam com problemas que bem evidenciam a crise em que se encontram imersas.

Tal descompasso projeta as primeiras sombras sobre as aquisicões científicas, cujo valor é posto em questão, em contraste com a admiração ilimitada com que foram encaradas até há pouco tempo, guando se supunha que todos os problemas, inclusive aqueles inerentes a vida em sociedade, eram passíveis de soluções científicas indiscutiveis. À admiração sucede-se a desconfiança face ao avanço tecnológico. Com o passar do tempo, revelou-se que a tecnologia tem seu preço, de que as nuvens explosivas em forma de cogumelo sobre Hiroshima e Nagasaki foram trágicos signos precursores. A experiência, infelizmente, não fez senão corroborá-los, através da ameaça de guerra nuclear que passou a pairar sobre o destino humano, e da escalada da poluição em dimensão planetária, produzida pelos detritos e emanações dos artefatos técnicos. Além disso, em um outro nível, esboca-se um princípio de ceticismo quanto ao método objetivo-quantitativo que se pretendeu, há não muitas décadas, estender a todos os domínios do conhecimento. Hoje, a arremetida avassaladora de tal metodologia começa a esmorecer, inobstante os éxitos a que conduziu, enquanto o ser humano voltase para si próprio, fazendo-se objeto da investigação, perquirindo seu destino, indagando suas motivações, sua situação, enfim, em um mundo dominado por um ângulo de visão marcadamente técnico-mecanicista. Para que se compreenda bem o alcance de tais indagações, faz-se necessário acompanhar a evolução do desenvolvimento científico.

Hoje, "cada um de nós sabe que o estado do mundo no qual vivemos não é definitivo", podendo-se afirmar que a situação presente nos inquieta porque somos conscientes de que seu futuro depende do

Jaspers, Karl. La situation spirituelle de notre époque. Postface de Xavier Tilliette.
 4. éd. Paris, Desclée de Brouwer; Louvain, E. Nauwelaerts, c. 1951. p. 29.

⁽⁷⁾ Ibid.

⁽⁸⁾ Ibid., p. 30.

⁽⁹⁾ Rosa, Felippe Augusto de Miranda. Sociologia do direito. Rio de Janeiro, Zahar ed., 1970. p. 19.

⁽¹⁰⁾ Efetivamente, a ciência permitiu que viesse à luz um novo mundo, cuja crescente sofisticação técnica ensejou as miraculosas realizações da medicina, como os antibióticos e os transplantes orgânicos, permitiu a progressiva compreensão dos mecanismos da hereditariedade, deu condições para dilatar a duração média da vida humana, mudou a própria concepção do tempo, pelo encurtamento das distâncias, inaugurando os transportes a jato, sem fazer-se alusão aos múltiplos objetos que hoje se consideram concomitantes à vida civilizada, de que constituem exemplos o motor à explosão, a lâmpada elétrica, o telefone, o rádio, a televisão, os computadores e tantos outros.

nosso pensamento (11). Isto nem sempre foi assim. Durante largo período, o homem aceitou o mundo como um dado permanente. "Instalava-se nele sem guerer mudá-lo. Consagrava sua atividade a melhorar sua situação em meio a circunstâncias em si próprias tidas como imutáveis. Sentia-se seguro, ligado à terra e ao céu. O mundo lhe pertencia, apesar de que, em última análise, fosse não-valor, porque o ser era colocado na transcendência" (12). Em contraposição ao homem do passado. cuja vida "parece-nos ter escoado em uma realidade velada por ele próprio", o homem contemporâneo "deseja penetrar a fundo a realidade na qual nos encontramos", como consequência do rompimento da unidade entre existência e consciência da existência (13). Apesar das limitacões que encontra em sua ação, cuja eficácia é sempre restrita, dependendo mais de circunstâncias de ordem geral do que de seus próprios desejos, pois o curso dos acontecimentos não resulta, de modo nenhum, de qualquer vontade particular e, embora sentindo-se por eles levado. ao invés de conduzí-los, do que lhe advém um sentimento de impotência, o homem contemporâneo questiona tudo. Desde que deixou de encontrar repouso na transcendência, volta sua atenção sobre o sentido da vida, buscando uma realização terrestre. Assim, "uma das questões fundamentais que a situação presente traz à baila consiste em saber como deve nela reencontrar-se e como deve superá-la" (14).

A necessidade de realização terrena constitui hoje um dado cultural definitivamente adquirido, vinculando-se de modo indissociável à procura de certos valores destinados a orientar o convívio. Negar a

82

tendência conducente à sua descoberta equivale a amputar a condição humana de um de seus atributos essenciais.

A secularização consciente da vida inicia com o Renascimento. Em decorrência da renovação da cultura em todos os sentidos "o caminho, que antes conduzia ao fim deste mundo e ao julgamento final, parecia, então, dirigir-se para a realização da civilização humana" (15), e, com a Revolução Francesa, tal tendência iria florescer, fundando-se, a existência, pela vez primeira, em princípios racionais (16). Inobstante ter-se desviado esse movimento de seus objetivos originais, descambando para o terror e despertando a reação dos Estados europeus, sua contribuição havia marcado de modo indelével a história, sugerindo-lhe novos e até então inimaginados rumos (17).

Nos séculos seguintes, a racionalidade do homem ocidental, "cujo fundamento se encontra na ciência grega" (18), não fez senão desenvolver-se, exprimindo-se na dominação técnica do mundo. Como consequência, as civilizações que, durante milhões de anos, cresceram separadamente, em diferentes setores do globo, notando-se pouco ou nenhum contato entre seus diferentes ramos, viram-se, sobretudo a partir do século XIX, progressiva e rapidamente aproximadas, reconhecendo sua comum pertinência ao gênero humano.

Após o declínio da crença generalizada em um progresso geral, que atinge seu ponto culminante no século XVIII, a partir do século XIX os espíritos mais agudos vão-se manifestar de maneira ambi-

⁽¹¹⁾ Jaspers, op. cit. acima nota 6, p. 9.

⁽¹²⁾ Ibid., p. 9-10.

^{(13) &}quot;C'est pourquoi il nous semble que le sol se dérobe sous nos pieds; car depuis que c'est écroulée cette unité, soustraite à toute question, nous ne pouvons plus atteindre que séparément l'existence et la conscience de cette existence en nous mêmes et dans les autres. Nous réflechissons non seulement sur le monde, mais aussi sur la façon dont nous le concevons et nous mettons en doute la vérité de chaque conception. Derrière l'unité apparente de l'existence et de la conscience, nous apercevons de nouveat la dualité du monde réel et du monde pensé. C'est pourquoi nous nous trouvons engagés dans un mouvement qui réalise à la fois une modification de la connaissance et une modification de l'existence grâce à une modification de la conscience connaissante". Ibid., p. 10.

⁽¹⁴⁾ Ibid., p. 11.

^{(15) 1}bid., p. 14.

^{(16) &}quot;Aucun mouvement de renouveau das siècles précédents ne s'était proposé de changer le société... La Révolution Française fut le première à s'accomplir au nom d'une conscience completement sécularisée; pour celle-ci, l'existence humaine devait être radicalement réformée par la raison... Les seuls signes précurseurs de la Révolution furent les fondations américaines: ces protestants que, poussés par l'intransigeance de leur foi, avaient abandonné leur patrie, afin de réaliser sur un sol nouveau ce qui avait échoué dans leur pays natal, avaient entrevu, dans une sécularisation commençante, l'idée d'un droit de l'homme universel". Ibid., p. 14-5.

⁽¹⁷⁾ Ibid, p. 15.

^{(18) 1}bid., p. 23.

valente diante da racionalização técnica da vida, afirmando uns a crenca em um destino grandioso, manifestando outros uma sensação de vertigem diante de um abismo cuja atração seria irresistível.

Esta bipartição do pensamento perdura até nossos dias em que, "pela primeira vez, o habitat de todo o gênero humano encontrase unificado em dimensões planetárias", de tal modo que "tudo se encontra em relação com tudo", enquanto a "dominação técnica do es paço, do tempo e da matéria progride de modo infinito, não mais por descobertas particulares devidas ao acaso, mas por um trabalho siste mático, no qual a própria descoberta pode ser metodicamente provoca da" (19).

Também característica de nosso tempo é a rapidez do proces so social. Nada mais se mostra estável. Tudo se revela passível de ser questionado e, por consequência, de transformação. Ao mesmo tempo em que se mostram evidentes os sinais de mudança no curso da história, o homem experimenta, com inusitada intensidade, o sentimento de um vazio existencial, atribuído por Jaspers a um processo, sem precedente, de radical despojamento do elemento divino, ocorrido no Ocidente. Todavia, "esta eliminação do divino não se deve simplesmente à descrença de alguns, mas é a consequência possível de um desenvolvimento espiritual que eonduz efetivamente ao nada", supondo o desconhecimento do significado a ser atribuído à ciência exata da natureza e a correlata tentativa de transposição de suas categorias "a todos os domínios do ser". Não se trata, pois, de uma irreversível evolução, mas de um movimento tornado possível graças ao imenso sucesso técnico e prático deste tipo de conhecimento (20).

Evidenciada a peculiaridade da situação atual, marcada pela tecnologia, importa determinar as demais circunstâncias que, juntamente com ela, modelam o presente. A adequada inteligibilidade deste afigura-se como condição para que possa o ser humano preencher o va-

RCGE, Porto Alegre, 6(15): 77-114, 1976

zio que sente em si próprio, mediante o reencontro de seus mais intimos caracteres, que apontarão normalmente os valores necessários à sua realização. Reencontrando-se, redescobrirá seu semelhante, que consigo partilha o destino terrestre, reduzindo a solidão e o desamparo em que se encontra. É esta a única maneira de desfazer-se a paradoxal perspectiva que se nos apresenta, em que, com estupefação, presenciase à tentativa de redução do ser à maquinaria universal, confundindose a essência com a aparência, e conduzindo o cérebro criador a caminhos de aviltante servidão.

Diga-se, ademais, que bem se situam neste contexto concepcões que se proclamam "científicas", tendentes a reduzir os fenômenos humanos a quadros puramente conceituais, dotadas de inatacável lógica interna, atrativas ao espírito, mas, por serem a-históricas, revelam-se, por isso mesmo, comensuráveis a qualquer quadro histórico, enquadram-se em qualquer sistema valorativo, justificando, em consequência, qualquer processo social. Sua lógica imanentista não se ocupa dos dados reais da situação humana, mas de abstrações, cuja "cientificidade" nada mais faz do que contribuir para aumentar o desencontro do homem relativamente a si próprio e a outrem, tentando elidir a aptidão que possui para discernir os valores mais aptos a orientarem-lhe o convívio.

Tendo o homem consciência de si mesmo, pode antecipar ou prever o futuro, sendo, portanto, responsável pelo seu destino (21). Mas, para que possa assumi-lo, é preciso que se utilize da habilidade que lhe e peculiar, objetivando-se, isto é, fazendo-se objeto de sua própria reflexão, considerando "a espécie de ser que é, o que deseja fazer e o que

⁽¹⁹⁾ lbid., p. 24. (O grifo é nosso)

⁽²⁰⁾ Ibid. p. 25-8. (O grifo é nosso).

⁽²¹⁾ Para a explicitação destes traços, tão caracteristicamente humanos, vide Lemmertz, José. Psicanálise e psicoterapia. Porto Alegre, 1966. p. 97-108, 115-8.

pretende tornar-se". Isto lhe é possibilitado graças à sua racionalidade, que se exprime mediante a utilização de símbolos e conceitos abstratos constitutivos da linguagem (22).

Por outra parte, para que possa antecipar seu futuro e exprimir o que deseja ser, deve, antes, indagar o que é, e esta última questão irá remetê-lo fatalmente ao que foi (23). Vinculando-se de maneira dinâmica estas três modalidades por que o homem pode vivenciar o tempo, sempre que cogitar do presente, será levado à perquirição do passa do como atualização no presente, e à projeção deste como realização no futuro. Assim vivenciando o tempo, e sendo dotado de racionalidade, é motivado "pela busca de significação em sua vida e no mundo em que existe", objetivando também "compreender o sentido de sua conduta, origem e destino". A tais questões não permaneceu alheio o homem

RCGE, Porto Alegre, 6(15): 77-114, 1976

primitivo, dando-lhes uma resposta através da imaginação criativa expressa em seus mitos (24).

A busca de significação é tão imanente à consciência que contestá-la importa em negar humanidade ao homem, amputando-lhe uma faculdade essencial. E faz-se ela tanto mais necessária e urgente quando várias circunstâncias denotam a especificidade de nosso tempo, de tal sorte que "o homem tem cada vez menor probabilidade de encontrar seu caminho fundando-se naquilo que as gerações precedentes consideram ou pressentiram como o verdadeiro sentido da existência" (25). Separando-se da tradição e pretendendo fazer obra criadora, a humanidade não pode omitir a questão: "em nome de que o futuro?". O caráter radical e amplo desta pergunta a torna inquietante (26). E sua resposta torna-se mais complexa pelo caráter urgente com que se põe, em um decisivo período de transição, em que transparece "um interesse no sentido de neutralização, tendo em vista um ajustamento sem dificuldade a um mundo em que se entrecruzam concepções judaico-cristãs,

[&]quot;Man is also a rational animal in the sense thathe can conceive concepts or meanings having universal significance. It is this ability to formulate concepts or symbols which renders him a semantic animal and enables him to engage in logical or rational processes or thought. While sharing with the rest of the animal kingdom the ability to perceive signs which have an immediate, pragmatic value with reference to a given situation, only man has the ability to conceive universal symbols or meanings and thereby to create a language by which to communicate the cumulative results of his experience and reflection. It is this symbolic function which has enablad man to creale language and culture and has opened up for him a "new dimension of reality" not available to the rest of the animal kingdom". Bidney, David. Theoretical anthropology. New York. Columbia University press, c1953, p. 3.

⁽²³⁾ Efetivamente, "a representação simbólica, que caracteriza a linguagem humana, não permanece limitada apenas ao tempo presente, senão que pode se referir tanto ao passado quanto ao futuro". Ademais, "já no quarto século da era cristã, St. Agostinho (354-430), nas suas "Confissões", se mostrava perplexo diante do problema do tempo e fazla referências ao "presente do passado", ao "presente do presente" e ao "presente do futuro"... Certamente existe uma relação dinâmica entre as três modalidades do tempo psíquico. Assim, a memória, como recordação, constitui um exemplo do tempo psíquico em atividade, transformando o passado em presente. Da mesma maneira, antecipação transforma o futuro em presente. Por outra parte, o presente não constitui apenas o "aqui e agora", senão um processo dinâmico através do qual o indivíduo está constantemente se dirigindo para o futuro". Lemmertz, op. cit. acima nota 21, p. 100-5.

[&]quot;Even primitive man hes his miths, in wich he gives expression to his creative imagination by speculating upon the origin of his society and culture and attempts to provide some answer to the great enigmas of birth and death. These reflections constitute a primitive ethnology, and hence in may be said that the study of man is among the oldest of human enterprises. Man is conscious of himself as a historical creature having a beginning and an end and cannot refrain from speculating upon his origin and destiny". Bidney, op. cit. acima nota 22, p. 5.

[&]quot;Les croyances religieuses en particulier, sur lesquelles reposait essentiellement la compréension de la destinée humaine, semblent se perdre inéluctablement. Les règles de vie que la tradition nous a transmises et sont aussi l'emanation d'un passé imprégné de philosophie n'éveillent que scepticisme et tombent en désuétude". Huber, Gerhard. A propos de l'orlentation culturelle et sociale de notre temps. Bulletin du Credit Suisse, 79:40, avr./mai 1973.

[&]quot;La détermination avec laquelle on se tourne vers la planification du futur trahit du même coup um désarroi profond quant à la direction à prendre. . . Cette question se fait d'autant plus pressante que notre époque de transition est sans doute la toute dernière où il soit possible de décider si cette transition mènera ou non l'humaln et l'humanlté à leur parte. Ibld.

marxista-leninistas, islâmicas, budistas, indus, etc..." (27), não pode ser encarado como significando a equivalência de todos os valores, decretando-se, por consequência, a impossibilidade de entre eles discernir e escolher, mas como uma necessidade de visualizar as diversidades culturais imanentes aos vários agrupamentos humanos, através de uma atitude diversa do etnocentrismo, capaz de distinguir o essencial do acidental.

Considerando-se que a humanidade toda se encontra envolvida no mesmo movimento, como que arrastada pela mesma corrente — eis que tudo se encontra em relação com tudo — constitui exigência lógica, para que se possa adequadamente planificar o futuro, que se perquiram os traços mais significativos da situação histórica atual.

Para isso, é conveniente examinar o penetrante estudo feito por Geoffrey Barraclough (28). Entre a história contemporânea e moderna não há nenhuma linha rígida de separação, eis que "o novo mundo alcançou a maturidade à sombra do antigo" (29). Entretanto, "antes de terminar o século XIX, novas forças estavam produzindo mudanças fundamentais em todos os níveis da existência e em praticamente todas as regiões do mundo" (30). Hoje ninguém mais põe em dúvida que nos encontramos em uma nova época, que resultou "de mudanças básicas na estrutura da sociedade nacional e internacional e no equilibrio das forças mundiais" (31), e que se singulariza pelo notável aumento populacional, pelo desenvolvimento da automatização resultante do "espetacular progresso no conhecimento e realizações científicas", confrontando o ser humano com a possibilidade de alterar para melhor, em escala inimaginável, as bases materiais da existência, mas colocando-o, simultaneamente, em face da possibilidade de auto-extinção.

Em curto lapso de tempo, vieram-se contrapor potencialidades de realização sem paralelo e "correntes surdas de violência, irracionalidade e inumanidade" (32).

Com o surgimento dos Estados Unidos e Japão como poderosos Estados, a partir das duas grandes guerras, a política deixa de ser européia, assumindo dimensões mundiais. No cenário internacional operam-se apreciáveis modificações, de que constituem exemplos a ascenção político-econômica da China, o declínio das idéias de soberania e nacionalismo, a união dos Estados em grandes blocos regionais como o Mercado Comum Europeu e o Comecon, notando-se, ainda, várias tentativas de associação de Estados na América Latina, no mundo árabe e na África (33).

Contudo, a marca mais saliente deste novo mundo é a "probabilidade de que a energia atômica, a ciência eletrônica e a automatização venham a afetar nossas vidas ainda mais radicalmente do que a revolução industrial e as mudanças científicas do final do século XIX" (34).

Desde então, o planeta marchava no sentido de uma grande unidade, de que todos os elementos componentes passavam a exercer ação uns sobre os outros, ocasionando recíprocas colisões. Assim, "a maior parte do mundo estava mais estreitamente interligada econômica e financeiramente, do que em qualquer outra época", mercê dos progressos verificados na construção naval, do declínio do valor dos fretes maritimos e da possibilidade de movimentar artigos em massa. A economia global vinha dar a sua contribuição à História em dimensão mundial, configurando "uma situação inteiramente" nova, produto não de um lento e contínuo progresso, mas de forças subitamente libertas com efeito revolucionário, dentro do âmbito de vida de uma curta geração" (35).

⁽²⁷⁾ Viehweg, Theodor. Que veut-on dire par positivisme juridique? Archives de philosophie du droit, Paris, 10:188, 1965.

⁽²⁸⁾ Barraclough, Geoffrey. Introdução à história contemporânea. An Introduction to contemporary history. Trad. de Álvaro Cabral. Rio de Janeiro, Zahar, 1966.

⁽²⁹⁾ Ibid. p. 25.

⁽³⁰⁾ Ibid., p. 25-6.

⁽³¹⁾ lbid., p. 41.

⁽³²⁾ Ibid., p. 42.

⁽³³⁾ Ibid., p. 38.

⁽³⁴⁾ Ibid. p. 39.

⁽³⁵⁾ Ibid., p. 54.

A própria organização política veio a ser afetada pelo advento da sociedade tecnológica. O que fora excepcional no século XIX, e verificável das zonas industriais inglesas, tais como Manchester, Glasgow ou Sheffield, tornava-se o normal entre as últimas décadas do século passado e os primeiros anos do atual. Modificava-se o contexto social em função das novas formas de produção em larga escala, determinando a concentração populacional em áreas urbanas tentaculares. Como consequência, os Estados, vendo-se diante de novos problemas, que demandavam soluções rápidas e cficazes, viram-se compelidos a conceber e aplicar uma política de intervenção (36).

Dificilmente se poderiam exagerar as conseqüências dessa evolução sobre nosso destino. Dela resultou a submissão, cada vez maior, do "conjunto das condições de vida criadas pelo homem às leis da técnica e ao tipo de relações com as coisas e com os seres que a própria técnica implica" (37). Visando esta um crescimento quantitativo, exige a produção industrial em larga escala, mediante a repetição de processos idênticos, que acabam determinando a uniformização do próprio modo de pensar dos indivíduos (38).

Inobstante os incontestáveis benefícios de ordem geral que trouxe, a automatização determinou o surgimento de tensões no organismo social. Dela resultou a ameaça de severa restrição ao indivíduo, mediante a sua destinação a funções e objetivos dominantemente sociais, dificultando-lhe a opção pelo gênero de atividade mais consentâ-

RCGE, Porto Alegre, 6(15): 77-114, 1976

neo com suas inclinações pessoais, tolhendo-lhe, consequentemente, a capacidade criativa. Revela-se, assim, a ambigüidade da técnica. Sua própria racionalidade, movendo-se de modo irreversível, confronta-se com a inteligência que lhe deu origem.

As numerosas antinomias e paradoxos observáveis nos dias de hoie constituem indícios a que se deve acuradamente atentar. Em nossa vida, dominada pela racionalidade técnica, e orientada no sentido de busca da prosperidade e de bens materiais, como nunca houve antes exemplo, percebe-se "uma liberação e mesmo uma verdadeira irrunção da irracionalidade ... Assim explicam-se os fenômenos da agressividade e do desejo de destruição que sacodem nossa sociedade "fão humana", ou a maneira segundo a qual a sexualidade é, de modo chocante, dissociada de uma "afetividade autêntica" e de que se faz alarde, sob o pretexto de superação dos tabus. Também vem inserir-se neste contexto o uso da droga" (39). E mais, à procura de liberdade, visando a emancipação pessoal, opõem-se múltiplos entraves resultantes da burocracia. Efetivamente, "o sentido da atividade burocrática é de transformar a vida, substituindo o estado de espontaneidade por um condicionamento calculável". E "isto aplica-se não somente à atividade administrativa do Estado, mas também, na mesma medida, à esfera da economia privada, que, no entanto, tem em alta conta a sua liberdade" (40). É também digna de nota a constatação de que o aumento do consumo não conduz à satisfação, nem à diminuição da capacidade de consumir, como se poderia esperar, face ao princípio da saturação. A resultante de um tal estado de coisas é um sentimento de frustração, "experiência hoje constantemente vivida e sentida" (41).

Mas, dentre todos os fatores constitutivos da situação atual, o que mais contribuiu para aproximar os homens foi o extraordinário desenvolvimento das comunicações. A transmissão de notícias, rápida, e, por vezes, instantânea, referente a fatos ocorridos nos mais remotos lugares do globo, tem sido tão decisiva no processo histórico que sua

^{(36) &}quot;O governo... envolvendo o desenvolvimento de uma elaborada aparelhagem de administração e execução, foi o necessário produto de uma nova sociedade industrial; era praticamente inexistente antes de 1870, visto constituir uma reação às condições que só atingiriam desenvolvimento em plena escala, depois daquela data". Ibid., p. 119-20.

^{(37) &}quot;La technique est déterminée par un calcul rationnel dont le but de produite autant que possible, de la façon la plus simple et partant le meilleur marché possible. Un accroissement optimal de la quantité, tel semble être l'objectif principal d'une societé fondée sur la technique. Au sein de la vie sociale, le processus s'accélèrent en conséquence et les mutations historiques prennent un rythme toujours plus vertigineux". Huber, op. cit. acima nota 25. p. 38.

⁽³⁸⁾ Ibid.

⁽³⁹⁾ Ibid., p. 39.

⁽⁴⁰⁾ Ibid.

⁽⁴¹⁾ Ibid.

importância dificilmente poderia ser exagerada. O documento mais expressivo deste aspecto é a conferência não pronunciada, mas enviada a Estocolmo para ser lida e conhecida por todos, pelo detentor do prêmio Nobel de literatura — Alexander Soljenitsyne (42), cujo texto merece especial consideração.

Como o homem concebe sua visão do mundo em função de sua experiência pessoal e grupal, resultaram, nas várias comunidades, diferentes escalas de valores. Durante o largo período em que viveram em relativo isolamento, a diversidade não constitui problema maior. Todavia, quando, "no decorrer das últimas décadas, rápida e imperceptivelmente o gênero humano transformou-se em uma única entidade", e o mundo converteu-se "em um único bloco convulsivo", a vida extrapolou do quadro dos territórios nacionais. Patentearam-se, desde então, as discrepâncias entre os valores sociais, deixando de ser meras curiosidades surpreendidas por viajantes ocasionais e publicadas pela imprensa. Com a aproximação da humanidade, através do rádio e da imprensa internacionais "os choques e as perturbações de uma de suas partes transmitem-se imediatamente às outras, destruindo, por vezes, uma imunidade necessária... Uma avalanche de acontecimentos abate-se sobre nós e, em um minuto, meio mundo é informado do sucedido". Mas, as escalas valorativas, segundo as quais tais acontecimentos ganham inteligibilidade, não são passíveis de transmissão pelas ondas radiofônicas ou através das colunas dos jornais, porque "amadureceram e foram assimiladas durante muitos anos, em condições peculiares, nas várias sociedades". Assim, nos diferentes pontos da terra, encontram-se padrões valorativos diversos: "um para os acontecimentos próximos; outro para os fatos ocorridos à distância; um para as velhas sociedades, outro para as novas; um para os povos felizes, outro para os infelizes". Para afastar a perplexidade gerada por tal dissonância, abstemo-nos da realização de confrontos necessários, e, "confiantes, julgamos o mundo inteiro segundo nossos próprios padrões domésticos" (43).

Desta atitude mental resulta a mútua incompreensão, de que testemunham as brutalidades cometidas em nosso século, em que " a primitiva recusa de aceitar qualquer transação tornou-se um princípio teórico e a ortodoxia passou a ser considerada uma virtude" (44). A violência, inobstante a demonstração histórica de sua esterilidade, ganha terreno, enquanto "o mundo é dominado pela conviçção cínica de que a força é todo-poderosa e de que a justiça nada vale". A constatação de um tal estado de espírito traz uma perturbadora interrogação: até quando poderá sobreviver o homem?

A resposta é tão simples quanto inexorável. Para que a ameaça de destruição deixe de pairar sobre o futuro, é preciso afastar a incompreensão recíproca, pois "não há mais problemas internos em nosso planeta superpovoado e a salvação da humanidade depende de que cada um faça seus os problemas de seu semelhante" (45).

Por este modo, apesar do avanço tecnológico sem paralelo, as nódoas da injustiça e da iniquidade não desapareceram da vida humana. Tanto no âmbito estatal quanto internacional encontram-se contradições de difícil superação. Em consequência, têm surgido perigosos confrontos, em que sé entrevê o fechamento egoístico das sociedades humanas sobre seus próprios interesses e valores. Até o momento, tem-se conseguido sobreviver a tais situações em que os homens teimam em desconhecer a radical transformação ocorrida em todos os setores da realidade, que está a exigir uma atividade solidária, compatível com o caráter unitário da vida em nosso tempo.

Tal caráter vai tão longe que, a rigor, não mais se podem distinguir, sem incorrer em arbitrariedade lógica, problemas nacionais e internacionais. Nenhuma questão nacional relevante deixa de se repercutir e influir na esfera internacional, que, por seu turno, tende a espelhar e a modificar os diferentes contextos nacionais.

⁽⁴²⁾ Soljenitsyne, Alexandre. Le cri; le discours du prix Nobel. L'Express, Paris, 1104:66-73, sept. 1972.

⁽⁴³⁾ Ibid. p. 69.

⁽⁴⁴⁾ Ibid., p. 71.

⁽⁴⁵⁾ Ibid., p. 73.

Ao homem cabe decidir o futuro do mundo unificado em que vive: pode destruí-lo inteiramente, ou reconstruí-lo tendo por base o convívio em termos equitáveis e justos. A opção é sem precedentes na história, tendo suscitado reflexões que enfatizam o caráter decisivo da época atual, urgindo a retomada de certos valores essenciais — a adesão, "enfim, à ética fundada sobre a abnegação e o senso da responsa-

bilidade coletiva" — conhecida, por certo, pela tradição humana, mas não tendo conseguido até o presente transpor o estatuto de um ideal (46).

A técnica transformou o mundo, mas o método quantitativo, experimental, a visão mecanicista dos fenômenos sociais, o trabalho e o instrumental dos cientistas e tecnocratas revelaram-se impotentes para solver o dilema em que vivemos.

Para que o homem possa decidir seu destino, é mister, do ponto de vista do convívio regulado pelo Direito, investigar o substratum comum das várias escalas de valores existentes. Assim procedendo, é provável que termine por encontrar-se a si próprio, pela descoberta dos caracteres que lhe são imanentes e essenciais. Trabalhando neste sentido, por certo sua atividade revelar-se-á fecunda, fazendo cessar a monótona repetição de que estamos em face de uma crise particular — crise econômica, crise política, crise religiosa, crise do Direito ou de qualquer outra espécie. O que há é uma modificação radical das condições da existência, reclamando uma adequação do pensamento e da ação compatíveis com seus contornos atuais. De maneira breve, pode-se dizer que, na fase presente, é preciso buscar valores comuns, ao invés de aceitar-se o fechamento e a intolerância culturais que trazem consigo o germe da incompreensão e o risco do desastre.

No campo jurídico, o pensamento, voltado nesta direção, vainos conduzir à problemática do Direito Natural.

II — EM QUE CONSISTE A PROBLEMATICA DO DIREITO NATURAL. ANTIGÜIDADE E VASTIDÃO DO TEMA

É certo que deve o direito atentar à diversidade das condições de cada sociedade, nos diferentes momentos históricos. Apenas por esta forma pode realizar-se a evolução cultural de modo apropriado às necessidades humanas (1).

Ainda que, à primeira vista, possa parecer paradoxal, a partir da variabilidade histórica das normas jurídicas esboça-se a problemática do direito natural. Ao mesmo tempo em que se reconhece a necessidade de adaptação do direito, tendo em vista a mutabilidade espaçotemporal das situações que regula, acode ao espírito a pergunta referente ao grau ou medida dessa adaptação. Vale dizer, inobstante a necessidade de ajustamento histórico do direito, indispensável à sua formulação e aplicação, haverá algo que, de regra, não muda, ou, ao menos, não deve mudar, e que permita desvelar-lhe os atributos essenciais? Por outras palavras, será possível, em meio às suas manifestações fenomenais, distinguir algo que não seja contingente? Será o fenômeno jurídico puramente relativo ou poder-se-á nele distinguir algo de absoluto? Se a resposta a esta indagação for positiva, será possível asseverar que a problemática do direito natural, embora devendo ser visualizada em perspectiva histórica (2), permitirá que se descubram as

^{(46) &}quot;L'humanité en effet n'aura d'avenir que sl elle parvient, au tournant où elle se trouve actuellement, à refaire siennes certaines des valeurs essentielles de notre tradition et à les perpétuer. Que les hommes adhèrent enfin à l'éthique fondée sur l'abnégation et le sens de la responsabilité collective — la grande tradition de l'humanité le connaît certes, mais elle n'est restée jusqu'ici qu'un idéal — là semble être le point qui décidera de notre avenir". Huber, op. cit. acima nota 25, p. 40.

⁽¹⁾ Para maiores considerações sobre este aspecto, vide Azevedo, Plauto Faraco de — Do histórico no direito. **Estudos Jurídicos**, São Leopoldo, 4(9):5-34, 1974.

^{2) &}quot;É a História (ò estudo concreto dela) que permite compreender e incorporar num sistema coerente tudo o que o homem faz e cria na produção de sua existência social... É a História — ou é do ponto de vista histórico — que cumpre interrogar, sempre, tudo o que "se passa", tudo o que tem (ou teve) importância decisiva para a evolução humana. A História é, assim, o "fio condutor", sem o qual nenhum acontecimento tem "scntido" ou "razão de ser", pois é justamente a ótica histórica que incorpora aos fatos — a tudo o que é "produzido" ou "criado" — um determinado sentido ético-espiritual, ou existencial". Chagas, Wilson — Temas do nosso tempo. In: Conhecimento do Brasil (e outros ensaios). Rio de Janeiro, Paz e Terra, c1972. p. 56. O grifo é nosso.

condições mínimas de validade intrínseca (3) do direito positivo.

Infere-se, pois, que a indagação vai tocar o fundamento do próprio Direito, o que explica suas remotas raízes, bem como a sua persistência através das diversas teorias por que se tem manifestado.

Sinala Friedmann que a idéia do direito natural tem surgido, repetidamente, ainda que de várias formas, nos últimos dois mil e quinhentos anos, "como a expressão da busca de um ideal mais alto do que o direito positivo, depois de ter sido momentaneamente rejeitada ou escarnecida". Em sua opinião essa busca "da justiça absoluta" é a história de um fracasso. Ademais, "modificando-se as condições político-sociais, mudaram as noções sobre o direito natural. A única coisa que permaneceu constante foi o apelo a algo mais elevado do que a lei positiva" (4).

Radbruch, por seu turno, registra que "desde o seu alvorecer até princípios do século XIX, pode dizer-se que toda a Filosofia do Direito foi a doutrina do Direito Natural", abrangendo tal designação manifestações da mais variada índole, caracterizando-se, todavia, todas elas, por certos traços fundamentais e distintiyos (5).

Desde tempos remotos, filósofos, jusfilósofos e pensadores políticos têm sustentado a necessidade da existência de "um direito baseado no mais íntimo da natureza do homem como ser a um tempo individual e social". Suas normas constitutivas têm sido buscadas além da infindável variedade dos direitos positivos existentes, apresentando-se como medida destinada a aferir a legitimidade de toda e qualquer forma de direito positivo. No que tange ao conteúdo da idéia de direito natural, muitas teorias foram expostas no decurso da História, mas "a idéia de um corpo de normas fundadas na natureza humana... tem demonstrado grande vitalidade e tenacidade" (6). Nos séculos XVII e XVIII os termos "Filosofia do Direito" e "Direito Natural" chegaram a considerar-se como sinônimos (7).

Já na tragédia grega encontra-se a oposição entre o direito da cidade ou positivo e as leis divinas, exprimindo as últimas uma ordem superior do universo. A idéia do direito natural constitui um elemento essencial encontrável na filosofia estóica, bem como no pensamento cristão desde as suas origens. Assembléias políticas, na América e na Europa, fizeram-na suporte de declarações solenes sobre que, posteriormente, vieram a fundar-se importantes textos constitucionais. Nesfas condições, pode-se afirmar sua continuidade histórica, no âmbito da civilização ocidental (8), desde o século V A.C., até meados do século XIX, quando a noção eclipsou-se, por influência do historicismo e do positivismo jurídicos, para ressurgir, no início do século XX, estendendo-se em vigoroso movimento doutrinário, até nossos dias. Destarte, testemunha-se hoje a sua retomada através de incontáveis trabalhos. Se motivos outros, inerentes à "situação espiritual de nosso tempo" não demandassem seu estudo (9), tal persistência histórica seria já suficiente para aguçar a curiosidade e incitar o espírito a perquiri-la.

^{(3) &}quot;La Constitución de un país estatuye qué reglas deve observar el legislador ordinario cuando legisla sobre tal o cual materia; pero esas regras no se refieren a la justicia ó injusticia de la distintas leyes, sino a la forma o desarrollo del processo legislativo. Cuando dichas exigencias han quedado cumplidas, el precepto legal es válido, y sua validez deriva del cumplimiento de tales exigencias. Puede suceder que las normas creadas por los organos legislativos no sean justas en todo caso, y valgan, empero, formalmente..." "Por isto cabe distinguir "el criterio formal de validez, relativo a las condiciones de elaboráción de cada precepto, y el criterio material, exclusivamente referido al valor intrínseco de las distintas normas". Garcia Maynez, Eduardo — Introducción al estudio del derecho. 19 ed cor. México, D. F. Porrua, 1971. p.7.

⁽⁴⁾ Friedmann, W. — Legal Theory. 5.ed. London, Stevens, 1967. p.95.

⁽⁵⁾ Radbruch, Gustav — Filosofia do direito. Trad. e pref. por L. Cabral de Moncada. 4.ed.rev.aum. Coimbra, Arménio Amado, 1961. p.69-70.

⁽⁶⁾ Bodenheimer, Edgar — **Teoria del derecho.** México, Fondo de Cultura Economica, 1942. v.2, p. 127.

⁽⁷⁾ Mata-Machado, Edgar de Godoi da — Elementos de teoria geral do direito. Belo Horizonte, ed. Vega, 1972. p. 67-8; mesmo no século XIX, na quinta edição de um curso de Filosofia do Direito, H. Ahrens, conserva-lhe em 1860, o título original: Cours de droit naturel ou de philosophie du droit. 5.éd.rev.augm. Bruxelles, Bruylant-Christophe, 1860.

⁽⁸⁾ Relativamente a seus antecedentes orientais, veja-se Montejano, Bernardino — Curso de derecho natural. Mar del Plata, El Cid, 1967. p. 11-3.

⁹⁾ Vide a este respeito: Azevedo, Plauto Faraco de — O momento presente e o direito natural. Estudos Jurídicos, São Leopoldo, 4(10):97-108, 1974.

Foram os gregos os primeiros a verdadeiramente situar e discutir a problemática do direito natural. Apercebendo-se da variabilidade histórica das normas jurídicas, mediante a singela observação de que aquilo que um povo desaprovava era por outro sancionado, vieram a perguntar-se se "o direito e a justiça eram meros produtos da convenção, da utilidade ou da conveniência ou se, detrás desta confusa diversidade, havia alguns princípios gerais orientadores, permanentes e uniformes de justiça com validade extensiva a todos os tempos e a todos os povos" (10).

Que a questão seja fundamental, que toque as raízes do jurídico, é tão evidente que nem seria necessário mencioná-lo. Respeita à obrigatoriedade dos preceitos legais, podendo ser resumida na pergunta: **por que o direito obriga?** Tal interrogação explica-se por não se exaurir o problema da validade no aspecto formal, indo o espírito expontaneamente além, no sentido da validade intrínseca. Pode esta, por seu turno, ser expressada pela questão: **o direito formalmente válido**, suscetível de ser coativamente imposto pelo Estado, é também válido em consciência?

Segundo Strauss, o abandono do direito natural conduz ao niilismo, terminando por identificar-se com este (11). Demais, a rejeição do direito natural "equivale a dizer que todo o direito se limita ao direito positivo, significando isto que o que é justo é decidido exclusivamente pelos legisladores e tribunais dos diversos Estados." Ora, é perfeitamente sensato e, por vezes mesmo, necessário, falar-se de leis ou de decisões injustas, o que faz supor a existência de um padrão "inde-

pendente e superior ao direito positivo", segundo o qual se possa avaliá-lo. Por isto, a necessidade do direito natural é a mesma, tanto hoje como no passado. (12).

Muito embora se tenha adotado o propósito de, por agora, não tomar partido relativamente à problemática do direito natural, é forçoso registrar-se o efetivo ressurgimento desta idéia, logo após o início do presente século, quase simultaneamente na Itália, França e Alemanha, vindo a colocar-se em primeiro plano como alternativa ao positivismo jurídico (13). As tendências que neste sentido primeiramente se manifestaram já antes da Primeira Guerra Mundial, "foram reforçadas pela emergência do totalitarismo e das ditaduras... Ao aceitarem a legislação dessas ditaduras totalitárias, quer fascistas quer comunistas, como formas de direito, os positivistas se perderam." Proclamar a legitimidade de uma norma legal "só porque Hitler assim o quis" constitui aberração que só pode ser evitada mediante o encontro de "um padrão válido fora e além do Direito" (14).

Que o ressurgimento do direito natural em nossos dias traduza uma imperiosa necessidade, parece prová-lo a preocupação que lhe votam mesmo juristas habitualmente voltados ao estudo do direito positivo. É o caso de Pontes de Miranda que, comentando a Constituição vigente, assinala que alguns legisladores acreditavam na eternidade das leis que haviam elaborado ou ouvido em revelação, crença esta que ainda encontra quem a professe. Mas, "se atendemos a que esse adjetivo "eternas" se refere à exigência do homem, e não à da vida, e que a vida mesma pode acabar, já vemos quão relativo é o seu conteúdo. Ainda assim, uma vez que há algo de imutável no homem, é possível que algumas regras jurídicas sejam — en quanto existem homens — as melhores para eles", devendo-se, portanto, voltar a pesquisa nesta direção.

⁽¹⁰⁾ Bodenheimer, op.cit., p.128.

^{(11) &}quot;In spite of this, generous liberals view the abandonment of natural rigth not only with placidity but with relief. They appear to believe that cur inability to acquire any genuine knowledge of what is intrinsically good or right compels us to be tolerant of every opinion about good or right or to recognize all preferences or all "civilizations" as equally respectable. Only unlimited tolerance is in accordance with reason." Strauss, Leo. Natural Right and History. Chicago, University of Chicago, 1965. p. 5.

⁽¹²⁾ Ibid, p. 2.

⁽¹³⁾ Friedrich, Carl Joachim. Perspectiva histórica da filosofia do direito (Die Philosofie des Rechts in historischer Perspektive) Rio de Janeiro, Zahar, 1965, p. 197.

⁽¹⁴⁾ Ibid., p. 200-1.

e não importando isto, de nenhum modo, em negação da variabilidade das normas ordinárias e mesmo das constituições (15). No que tange a este aspecto, já em 1857 Pimenta Bueno, aludindo à reforma constitucional, observava que, embora podendo ser as leis as melhores ao tempo de sua edição, "a ação do tempo opera revoluções mais ou menos lentas, porém importantes nas idéias, costumes e necessidades sociais, revoluções que é impossível obstar. Se um ou outro princípio pode e deve ser imutável, outro tanto não acontece com o todo das disposições constitucionais", razão por que manda a sabedoria que provenham as próprias constituições acerca dos meios legais segundo os quais possam ser mo-

Alguns dentre os filósofos gregos acreditavam que as normas jurídicas não eram senão arranjos casuais, mutáveis em conformidade com as circunstâncias e com os homens que as elaboravam. Dentre estes pode-se citar alguns dos mais destacados sofistas, como Trasímaco que afirmava não ser a justiça senão o que convém ao mais forte, e Cálicles que contrapunha as normas convencionais, elaboradas pela maioria, caracterizando-se pela debilidade, ao "direito natural do homem forte" visam as leis à igualdade entre os homens, mas, tanto na vida animal quanto humana, evidencia-se a superioridade do forte sobre o fraco, razão por que o homem forte pratica uma ação em conformidade com a natureza, infringindo os preceitos legais, dada a artificialidade destes. Nesta mesma linha de pensamento, o cético Carneades afirmaria, cerca de duzentos anos mais tarde, que, sendo todos os seres vivos naturalmente impelidos a buscar a satisfação de suas vantagens pessoais, a justiça, implicando no sacrifício destas, seria pura insensatez. O sofista Protágoras, "antecipando as opiniões dos positivistas modernos", sustentava a validade e obrigatoriedade das leis independentemente de seu conteúdo moral. No mesmo sentido, o cético Timão negou a existência de uma 'justiça natural'', tendo em vista a diversidade do direito positivo nos diferentes Estados. Inobstante tais idéias, "a maioria dos filósofos mais destacados da antiga Grécia adotaram posição oposta. Acreditavam que há certos elementos na natureza humana que são os mesmos em todos os tempos e em todos os povos, e que tais elementos se expressavam através do direito... Denominaram physis (natureza) a este elemento permanente e universal do direito. ... Contrastaram-no com outro elemento instável, variável, resultado de um acordo ou conveniência temporal de determinada comunidade política. Chamaram a este último nomos (convenção, norma criada pelo homem). Physis representava para eles a necessidade baseada em causas naturais, ao passo que nomos significava a ação livre e arbitrária de um legislador humano". Bodenheimer, op. cit. p. 128-30; Id., Ciência do direito. Filosofia e metodologia jurídicas (Jurisprudence. The Philosophy and Method of the Law). Rio de Janeiro, Forense, 1966. p. 19-20.

dificadas, eis que "a imprevidência não deixaria senão o recurso fatal das revoluções" (16). Ainda, com referência à constituição, considerando-a como fonte do direito, escreve Cirne Lima que ela "é, sem dúvida, o padrão de algumas leis e a origem de alguns direitos; mas não o é de todas as leis, nem de todos os direitos. A Constituição, assim entendida, identificar-se-ia com o direito natural, fundamento do direito positivo..." (17).

A continuidade, ou, dir-se-ia talvez melhor, a insistência com que se tem mantido historicamente a concepção do direito natural é explicada por d'Entrèves, em virtude de guardar íntima vinculação com problemas essenciais ao direito, relativos à sua determinação, vale dizer à definição de sua natureza e essência; à determinação do caráter obrigatório da norma legal e, portanto, das relações entre direito e moral; à determinação do fundamento do direito e à possibilidade de estabelecer um padrão segundo o qual se possa aferir seu valor intrínseco, nos aspecto objetivo e subjetivo. (18).

Buscando precisar em que consiste a problemática do direito natural, não se pode deixar de considerar o pensamento de Eisenmann que lhe dedicou extensas considerações, começando por afirmar que, apesar das diferenças que possam apresentar entre si, devem englobarse sob essa denominação todas as doutrinas que afirmam a existência

⁽¹⁵⁾ Pontes de Miranda. Comentários à Constituição de 1967 com a emenda n.º 1 de 1969. 2.ed. rev. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1970, v.3, p. 132. O grifo é nosso.

⁽¹⁶⁾ Bueno, José Antonio Pimenta. Direito público brazileiro e analyse da constituição do imperio. Rio de Janeiro, J. Villenueve, 1857. p. 486.

⁽¹⁷⁾ Cirne Lima, Ruy. Princípios de direito administrativo. Porto Alegre, Sulina, 1964 p. 37. O grifo é nosso.

[&]quot;Pour commencer par la définition du droit ... poser la notion du Droit naturel, c'est rejeter d'avance da notion que le droit n'est rien d'autre que le commandement, muni de sanction, d'une volonté souveraine. C'est se ranger contre la conception "positiviste" du droit, si l'on entend par là la réduction de tout droit à la seule régle de droit positive de type étatique. Comme le dit son nom, le Droit naturel est un droit que ne relève pas de la volonté: ses règles ne sont pas "imposées", mais bien plutôt "proposées" comme un modèle. Elles ne sont pas 'commandées", mais "apprises". D'Entrèves, Alexandre P. Le droit natural. In: Annales de Philosophie Politique. Parls, Presse Universitaires de France, 1959. v. 3, p. 147-9.

de regras jurídicas **extra** e **supra positivas**, às quais melhor caberia a denominação de "direito ideal", por constituir a antítese perfeita de "direito positivo" (19).

Desdobra-se, a seguir, a análise, em três níveis, correspondentes a três ordens de problemas com que se preocupam os juristas: problemas de conhecimento das regras de direito positivo, de casuística ou dogmática jurídica e de legislação.

Relativamente aos primeiros, "a tarefa é de pura descrição, de pura relação de dados de fato; é uma obra de constatação, comparável em essência às operações primeiras de que procedem as ciências da natureza". Sob este aspecto, o papel do direito natural apresenta-se como nulo. Busca o jurista descrever realidades, enquanto que, em nome do direito natural, estabelecem-se juízos de valor sobre essas, incapazes de conferir-lhes ou impedir-lhes a existência. O direito positivo não se define como um sistema de regras justas. Diante de leis referentes à pena de morte ou à segregação, o jurista, enquanto circunscreve seu pensamento e sua ação ao aspecto descritivo, pode criticar ou lamentar sua existência. Não lhes pode negar todavia a qualidade de leis, vale dizer, de direito positivo. Tal atitude não importa na sua aprovação ou no reconhecimento de que esteja o indivíduo obrigado a obedecê-las em consciência. Há aí duas posturas espirituais diversas, uma descritiva, outra valorativa (20).

Já quanto aos problemas integrantes do objeto da "casuística" ou "dogmática jurídica", que consistem em saber-se "que tratamento jurídico deverá ser dado a uma situação concreta, em um determinado estágio do sistema de regras constitutivo de uma ordem jurídica", poderia o direito natural desempenhar, neste campo, algum papel? Seria sua intervenção necessária, ou, ao menos, possível? (21).

Considerando-se que os sistemas de direito positivo estabelecem unanimemente a regra da obediência do juiz às normas legais regularmente editadas, encontrando a regra aplicável ao caso, deverá, no correto desempenho de suas funções, aplicá-las. Não existe a prerrogativa judicial de julgar as leis existentes segundo um sistema de regras extra ou supra positivas e de não aplicá-las, ou de tê-las como inexistentes, no caso de contrariedade relativamente a tal sistema. "Em presença de uma regra legislativa formal, ou da conclusão resultante da combinação de várias disposições legislativas, não há lugar para o direito natural no que respeita a soluções concretas no plano do direito positivo" (22). Por outras palavras, o julgamento do jurista, a propósito das regras de direito positivo, tendo por medida o direito natural, não pode interferir nos problemas atinentes à "casuística" ou "dogmática jurídica" (23).

Deste ponto de vista, há ainda uma outra situação a ser considerada, a qual se concretiza quando o juiz não encontra no sistema juridico uma regra capaz de propiciar a solução ao litígio que lhe é submetido. Na verdade, porém, tal situação desdobra-se em duas outras: em uma há "a ausência de qualquer regra no sistema jurídico prevendo expressamente o caso sub judice", enquanto que, na outra, o dispositivo legal existe, mas seu sentido ou alcance não se mostra de maneira indubitável.

^{(19) &}quot;Assurément, la dénomination générique "droit idéal" conviendrait beaucoup mieux à cette notion que celle de "Droit naturel": "idéal" est l'antithèse toute indiquée de "positif"; le mot exprimerait mieux et leur caractère de règles bonnes, désirables, et leur caractère de règles valables per se, indépendamment, et de leur consécration par une autorité et de la realisation qu'elles trouvent". Eisenmann, Ch. Le juriste et le droit naturel. In: Annales de Philosophie Politique. Paris, Press Universitaires de France, 1959. v. 3, p. 206, nota 1.

^{(20) &}quot;Tout ce qu'on peut admettre, c'est qu'il peut être moralement préférable de ne pas traiter de telle ou telle législation sur un ton de neutralité indifférente, voire meme dans certaines circonstances, de ne pas choisir d'en traiter alors que rien ne vous y obrige. Mais, plus encore que pour l'homme de théorie, c'est pour l'homme de pratique, l'administrateur ou le juge, que ce problème de conscience est susceptible de se poser de façon aigüe". Ibid. p. 207-11.

⁽²¹⁾ Ibid., p. 212-3.

⁽²²⁾ Ibid., p. 214-5.

⁽²³⁾ Ibid., p. 217.

Inexistindo norma legal prevendo o litígio de modo expresso. pode-se pretender que os juízes nada criem de novo em tal hipótese. como sucede no Direito Penal em que vige o princípio do nullum crimen sine lege. Todavia, o mesmo não sucede em qualquer setor do ordenamento jurídico: "Nenhum sistema jurídico de um Estado moderno consagra tal princípio no mínimo no âmbito das relações civis ou comerciais...", admitindo-se a existência de lacunas, autorizando-se, do mesmo passo, o juiz a supri-las. O artigo 4.º do código civil francês proibe ao juiz de "recusar-se a julgar sob pretexto de silêncio, obscuridade ou insuficiência da lei". No mesmo sentido, o artigo 1.º do código civil suíço determina que, na falta de dispositivo legal ou de regra costumeira regendo o caso sub judice, deve o juiz decidir "segundo as regras que estabeleceria se devesse realizar obra legislativa". Nestes dois dispositivos "o legislador consagra oficialmente o que se veio a denominar "o poder normativo do judiciário"; fundamentam eles a existência de regras de direito jurisprudencial autônomas ou primeiras, isto é, que não se liguem a uma regra legislativa pré-existente referindo-se ao mesmo objeto" (24). Configurada a existência da lacuna, busca o juiz o fundamento de sua decisão em uma fonte exterior ao direito positivo. Tratando-se de "regras-de-princípio" ou de "regras-valores", que pressupõem a idéia de justiça, ou as idéias concernentes ao homem, à sua condição ou destino (por exemplo, aquelas referentes à liberdade de consciência e às outras liberdades morais, à dissolução do casamento ou à remuneração do trabalho), é o direito natural ou "ideal" que lhe fornecerá o substrato necessário, penetrando no âmbito do direito positivo, podendo vir a constituir parte deste, "no caso de consagração geral e reiterada da norma por essa forma obtida", É, ademais, evidente que a solução do caso concreto não foi alcançada através da mera dogmática jurídica, cifrada em um raciocínio silogístico a partir das regras legislativas. E comprova-se a participação do juiz na elaboração das normas legais (25).

É frequente a hipótese em que, embora existindo o dispositivo legal, pairam dúvidas quanto a seu sentido ou alcance. Dela consti-

tuem exemplo um número ponderável de regras legais em que figuram malayras abstratas cujo sentido deve ser definido. Não se pode pretender que o legislador defina cada um dos termos que emprega, "sobrefudo aqueles que correspondem a noções não especificamente jurídihavendo, ainda, "numerosos casos em que é sobre o conjunto da formulação legislativa que paira a incerteza". Resulta que o juiz não pode chegar à decisão de tais litígios mediante um raciocínio puramente silogístico. Não lhe é suficiente o rigor formal, devendo "prosseguir a obra da legislação, aperfeiçoar a criação da norma jurídica, mantendo-se em seu quadro, mas indo além dos elementos de seu texto" (26). Nesta situação, como no caso de existência de lacuna, "o juiz participa da criação do direito, ou, mais precisamente, das regras de direito... Apenas a medida de sua participação, de seu papel criador, é mais limitada...". Mas, o que é que o fará decidir-se por tal ou qual interpretação? Dentre os motivos que podem interferir em sua conduta "encontram-se as idéias ou sentimentos de valor ético, de justica, etc., isto é, o direito natural" (27).

No tocante à terceira ordem de problemas, concernentes à legislação, entendendo-se como tal "a ação dos órgãos investidos do poder de elaborar regras jurídicas", a questão do direito natural é clara-

⁽²⁴⁾ Ibid., p. 218-9.

⁽²⁵⁾ Ibid, p. 218-9, 223.

^{(26) &}quot;Le législateur avait, si l'on peut dire, créé une première couche de matériaux; le juge y en ajoute une seconde, qui man quait pour faire une règle complète, parfaitement définie ou déterminée". Ibid., p. 220-1.

lbid., p. 221. "les deus situations... envisagées font apparaitre qu'il n'existe probablement et n'a jamais existé aucun "système de droit écrit (ou: législatif)" pur et absolu, c'est-à-dire aucun système où la création des règles de droit soit le fait de la loi exclusivement, "les organes exécutifs", les juges en particulier, ne faisant qu'appliquer les règles législatives, autrement dit les concrétiser ou individualiser. Les systèmes auxquels on attribue cette qualité font seulement une place considérable à cette source de droit, consacrent sa primauté, mais non son véritable et plein monopole. On ne voit qu'une seule tentative conséquente qui ait été faite pour réaliser le système pur: celle de l'Assemblée Constituante Française, avec l'institution "référé législatif" c'est-à-dire en gros l'obligation faite aux juges de demander au législateur lui-même l'interprétation des dispositions législatives, obscures ou incertaines". Ibid., p. 217, nota 1.

mente suscitada quando se cogita da criação de "regras-valores". Problemas de legislação desta ordem suscitam "a questão capital da idéia de direito natural... — aquela de sua verdade: é possível conhecer ou reconhecer com certeza objetiva as normas, ou algumas normas que se imporiam à consciência porque intrinsécamente boas? Pode-se determinar de maneira racionalmente convincente estas regras superiores que apresentariam este caráter natural, este valor de ideais?" (28). E. desde logo, segue-se a resposta: a questão não pertine especificamente à ciência do direito. Filósofos, moralistas, sociólogos são os homens mais qualificados a considerá-la e a dar-lhe resposta. A contribuição do jurista não pode ser original, pois a posição que ele assume não é de caráter jurídico, não resulta de sua experiência de jurista: ela reflete "sua filosofia, sua concepção do mundo ou seu temperamento, erente, metafísico, agnóstico ou de outra espécie." Contudo, não se pode negar que "haveria, no máximo, um número muito reduzido de normas cuja sanção parece-nos impor-se com evidência, porque quase tocam a própria noção, a essência mesma da ordem jurídica..." (29). A despeito dessa assertiva, revela-se a vacilação no pensamento de Eisenmann, pois, logo após, afirma que a idéia do direito natural é ""provavelmente uma utopia" (30).

Da exposição até o momento feita, percebe-se que o tema em estudo tem sido objeto de larga e longa controvérsia. Constata-se, de outro lado, que apresenta conexão com o plano dinâmico da interpretação e aplicação do direito. É sob este ângulo que o problema da lei injusta se revela com maior agudeza. São os práticos do direito, o advogado, o juiz, o consultor jurídico que, buscando solução aos casos concretos que lhes são submetidos a exame ou solução, deparam com a possível inadequação das normas jurídicas aos fatos a que são prepostas. Nota-se, também, que a concepção do direito natural apresenta-se, de certa maneira, como antitética relativamente à concepção positivista do direito.

Com referência ao último aspecto, escreve Verdross que "por

direito natural entende-se, desde a antiguidade, aquele conjunto de normas que se desprendem da natureza racional e social do homem", observando que "o positivismo filosófico-jurídico considera o direito natural como mero produto da imaginação de certos autores, que, sob tal rótulo, explicitam seus desejos políticos". Considerando-se a multiplicidade de teorias expostas, cumpre se distinga o direito natural do jusnaturalismo, abrangendo este o conjunto de teorias que, sob várias modalidades, procuraram expor o objeto daquele. O que importa saber é se essa multiplicidade de teorias jusnaturalistas implica ou não na inexistência do objeto a que se referem, ou, se, ao contrário, há entre a sua grande maioria uma básica coincidência (31).

De qualquer maneira, é certo que em nossos dias assiste-se, paralelamente a um incremento da indagação científica, a veementes apelos implícitos ou explícitos à noção de direito natural, que bem atestam sua permanência como indagação essencial. Situações históricas têm havido, em que os homens, vendo suas vidas esbarrar no desvario político-jurídico, têm protestado contra ilimitadas pretensões de seus governantes na emissão de normas legais, contrastando-as com as imposições da natureza e racionalidade humanas.

O primeiro registro inconteste da noção de direito natural no ocidente encontra-se no episódio de Antígone, descrito por Sófocles na tragédia do mesmo nome, no século V A.C.. À época, direito, moral e religião se confundiam em um todo indissociável. O oráculo de Delfos, como voz autorizada na enunciação da vontade divina, era consultado na criação do direito. "As formas de elaboração das leis e decisões judiciais eram mescladas de cerimônias religiosas, e os sacerdotes representavam importante papel na administração da justiça", crendo-se mesmo que o próprio rei devia sua investidura e autoridade a Zeus, supremo juiz (32).

⁽²⁸⁾ Ibid., p. 222-3.

⁽²⁹⁾ Ibid., p. 224.

⁽³⁰⁾ Ibid., p. 225.

⁽³¹⁾ Verdross, Alfred. **Derecho internacional publico** (Völkerrecht) Trad. de Antonio Truyol y Serra. Madrid, Aguilar, 1955. p. 33.

⁽³²⁾ Flückiger, Felix. Geschichte des Naturrechts, Zurique, 1954, I, p. 12-3. Cf. Bodenheimer. Ciência do direito. Filosofia e metodologia jurídicas. (Jurisprudence. The Philosophy and Method of the Law). Rio de Janeiro, Forense, 1966. p. 18.

Não é, pois, estranhável que transpareçam nítidos vestígios religiosos na manifestação do direito natural revelada no episódio de Antígone. Tendo seu irmão, Polinice, se revoltado contra o rei Creonte. ordenou este que não se desse sepultura ao insurreto. Ocorre que sepultar os mortos constituía um dever indeclinável prescrito pela lei sagra da, cuja desobediência acarretaria a maldição e o castigo divinos. Diante desta irreconciliável antinomia de mandamento — o temporal e o di vino — Antígone decide-se pelo último. Interpelada pelo rei, assim se exprime:

> "Não foi do Sumo Zeus essa ordem emanada. Nem a justica a impôs dos Manes na morada. Do céu não procedeu. Nem podia acudir-me Oue um decreto de rei ou ato humano infirme Inolvidáveis leis, eternas, não escritas, À raça dos mortais por imortais prescritas. Não são d'ontem nem d'hoje; estranhas são às datas. Têm existido sempre, imutáveis, inatas. Por humana coação leis santas infringir Fôra da divindade a cólera atrair."

Manifesta-se, nesta passagem, o conflito entre duas ordens de leis, consoante o contexto cultural da época. Todavia, o episódio revela o momento de transição indispensável ao surgimento do direito natural. Segundo Rommen é este tão velho quanto a filosofia e, como esta, surgiu com a admiração. No entendimento dos povos antigos, o ordena mento jurídico, tendo sido estabelecido por Deus, é sagrado. Tal sucedeu também com os gregos antigos. Para que se possa questionar o direito, é necessária a sua separação do elemento divino que, do mesmo passo que lhe confere o estatuto da imutabilidade, afasta qualquer in dagação respeitante à sua validade intrínseca. Opera-se a cisão, condição do surgimento do direito natural, quando a razão, pondo-se a perscrutar a história, desvenda profundas modificações operadas em seu curso, tanto no dominio do direito quanto no da moral. E, desde logo,

estas modificações, perceptíveis nos limites da comunidade local, reve-

Descrevendo a constância do direito natural no ocidente, desde o século V A.C., e tendo sinalado o breve eclipse por que passou, desde meados do século XIX até início do século XX, quando ressurge através de incontáveis escritos, procurou-se delimitar seu perfil conceifual, evitando-se qualquer valorização extemporânea a propósito das diversas concepções mencionadas. Explica-se esta atitude pelo principio lógico segundo o qual não é possível argumentar sobre o que quet que seja, sem previamente circunscrever o objeto da discussão. Omitir o caráter problemático do direito natural seria desnaturá-lo. Demais, é justamente sua natureza polêmica que iucita à indagação. Não teria esta sentido, tratando-se de um tema sobre que pairasse o acordo unânime dos espíritos. De outra parte, descrevê-lo de modo apriorístico, negando-o ou afirmando-o, como frequentemente se tem feito, equivale a condenar-se ao monólogo, incompatível com a investigação científica e incapaz de conduzir os espíritos à adesão. Mostra-se, portanto, manifesta a conveniência de registrar-se idéias defendidas por jusfilósofos contemporâneos, ainda que se reconheça a impossibilidade de exauri-las, tal o número de pensadores que as têm enunciado.

Pensa Jouvenel que a expressão direito natural é infeliz por elidir o fator essencial à idéia que enuncia. "A palavra-chave que não figura no enunciado é a palavra moral..., pois quando se fala em direito natural entende-se primeiramente que o fundamento do direito

(34) Rommen, Enrique. Derecho natural. A istoria-doctrina. (Trad. francesa del alemán e introd. de Emile Marmy. Versión castellana de Héctor González Uribe. Mexico,

Jus, 1950. p. 13-4.

lam-se também além fronteiras. "Em presença desta diversidade, primeiramente assombra-se a razão humana, depois começa a distinguir um direito divino e um direito humano". Põe-se, então, o problema do direito natural: "dos fundamentos morais das leis humanas que é idênfico ao do fundamento da força obrigatória das leis, segundo o qual podem obrigar o homem no foro da consciência...", apresentando intima vinculação com a questão das melhores leis e da melhor forma de Estado (34).

⁽³³⁾ Sófocles. Antigone. Trad. do Barão de Paranapiacaba. Rio de Janeiro, E. Bevilaqua, 1909. Apud Mata-Machado, op. cit., p. 60. O grifo é nosso.

RCGE, Porto Alegre, 6(15): 77-114, 1976

positivo se encontra na moral (que traca também limites ao direito positivo), e mais — que tal moral é "natural", isto é, inerente ao homem enquanto tal, independentemente dos tempos e dos lugares". Aceita-se nestas condições, uma subordinação do direito relativamente à moral imediatamente dada, centrando-se a questão na pergunta: "há verdades morais válidas e evidentes para todos os homens?", o que faz com que intervenha a idéia do "homem em si". Ora, se tais verdades existem, "deveriam encontrar-se, ao menos a título de elementos, manifestadas em todas as ordens jurídicas" (35). A seguir, são sintetizadas as proposições do ceticismo: 1.0) há uma exigência universal do sentimento humano no sentido de que o ordenamento jurídico manifeste os princípios morais; 2.0) dever-se-ia, por consequência, constatar uma invariância fundamental dos ordenamentos jurídicos; 3.0) esta invariância não existe de nenhuma maneira; 4.0) daí concluir-se ser a razão incapaz de fundar um ordenamento jurídico intrinsecamente moral. Pode-se. entretanto, chegar à conclusão diversa, mantendo-se as três primeiras proposições e alterando-se a última. Neste caso, conclui-se que, se a razão não se ocupou, até o presente, de presidir à elaboração dos sistemas jurídicos, isto não se deve a uma fragueza imanente, mas sim à sua fraqueza política (36). Em conclusão, afirma que, embora se lhe afigure como contrário à experiência, afirmar que a ordem jurídica seja vista como simples explicitação de princípios morais, é certo que a moral age constantemente sobre o direito, assim explicando-se o "cáráter ciclico da idéia de direito natural"; ela não intervirá quando a evolução do direito se ajuste "às exigências do sentimento moral"; ao contrário, mostrar-se-á atuante sempre que haja inadequação legal proveniente "seja de extremo dinamismo político, seja de exagerado conservadorismo jurídico". Completando a exposição do pensamento de Jouvenel, deve-se consignar que duvida que "possa a razão discursiva construir um edifício de normas válidas semper et ubique, como modelo ao direito positivo, a partir de conceitos e de proposições relativas ao homem". Em resumo, descrê do direito natural como "modelo imutável", mas

110

não nega sua existência como "força geradora", cujas manifestações derivam da consciência que se tem de outrem (37).

Já a posição de Goldschmidt é positiva e bastante abrangente. Direito natural é "o conjunto de todas as considerações jurídicas e da realidade subjacente". Os direitos consuetudinário e legislado não constituem senão conclusões e determinações do direito natural, dele também haurindo seus princípios e interpretação (38). Havendo oposição entre direito natural e direito positivo "da qual a contradição entre justiça e segurança jurídica não é senão um caso especial", não é sempre possível advogar a automática revogação do "direito antinatural". Tem este vigência provisória, comparável à obrigatoriedade de uma lei contrária ao Direito Internacional Público ou à de uma norma contrária à constituição, antes que se lhe declare a inconstitucionalidade. Entrementes, não fica prejudicada a vigência do direito natural, pois é lícita a revogação das normas que lhe sejam contrárias com caráter retroativo, eis que "a retroatividade, como é sabido, só é lícita se não é retroatividade" (39).

A eventual oposição entre direito positivo e direito natural encontra-se à base da concepção do último, muito embora não se deva daí inferir que o direito positivo se coloque em posição contrária ao direito natural, consistindo a missão daquele precisamente na realização deste (40).

⁽³⁵⁾ De Jouvenel, Bertrand. L'idée de droit naturel. In: Annales de Philosophie Politique.
Paris, Presses universitaires de France, 1959. v. 3, p. 162-3.

⁽³⁶⁾ Ibid., p. 164-5.

⁽³⁷⁾ Ibid., p. 173-4.

[&]quot;Si se desea uma descripción global del Derecho Natural, éste puede ser caracterizado como el conjunto de todas las consideraciones jurídicas y la realidad subyacente, absiracción hecha del Derecho consuetudinario y del Derecho legislado los que, no obstante, por regla general no constituyen sino conclusiones y determinaciones del Derecho Natural. El legislador vive enteramente del Derecho Natural, ya que entendemos por consideración jurídica cualquiera que se refiera al Derecho. Pero también el funcionário y el particular aplican mucho más Derecho Natural que Derecho contingente. La interpretación se nutre casi enteramente del primero..."

Goldschmidt, Werner. Sistema y filosofia del derecho internacional privado. 2.ed. Buenos Aires, E.J.E.A., c1954. v.1, p. 47-8.

⁽³⁹⁾ Ibid., p. 46-7.

⁽⁴⁰⁾ Du Pasquier, Claude. Introduction à la théorie générale et à la philosophie du droit. 4. éd. mise à jour et aug. Neuchatel, Delachaux & Niestlé, c1967. p. 263.

Sob este aspecto, mais explícito e claro é o pensamento de Mata-Machado, segundo o qual o direito positivo ou vigente é formalmente válido, ao passo que a validade do direito natural é intrínseca. Ambos "contrastam-se..., mas não se opõem, uma vez que o fundamento de ambos é um só — aquilo que é devido ao homem (como tal, ou por que assim o exige a vida social e política)." Nesta perspectiva, o direjto natural é considerado como "algo devido ao homem, enquanto que homem, tendo em vista a essência do homem (aquilo que o homem é). melhor sua natureza, raiz dos atos que o homem pratica...", existindo "independentemente de sua criação ou mesmo de seu reconhecimento pelo Estado". Mas, "tudo quanto é direito natural pode... vir a manifestar-se em regras de direito positivo", traduzindo, respectivamente, exigências da natureza humana e da convivência social. Tanto um como o outro encontram-se sujeitos a variações espaço-temporais, explicando-se estas, no que tange ao direito natural, "em função do progresso da consciência moral" (41).

Mas, ao caminhar-se em direção ao final desta etapa da análise, convém volver a atenção a seu ponto de partida. Sendo a história o fio condutor essencial à inteligibilidade dos fenômenos que se apresentam ao espírito, clamando por uma atenção mais ou menos imperiosa segundo as vicissitudes do próprio quadro histórico em que se inserem (42), é indispensável, ao considerar-se o direito natural, não esquecer a perspectiva histórica. Perceber-se-ão, assim, significativos exemplos de interação entre direito natural e história.

Visto sob este prisma, "foi o principal instrumento na transformação do velho direito civil dos romanos em um vasto sistema cosmopolita...; como fundamento de uma ordem jurídica internacional, inspirou, em uma linha contínua de desenvolvimento, os estóicos, o direito e a filosofia romanas, os fundadores do cristianismo, a ordem jurídica da sociedade medieval ocidental e o sistema de Direito Internacio-

nal de Grotius...; em seu nome lançou-se o apelo à liberdade individual contra o absolutismo...; através das teorias de Locke e Paine forneceu as bases da filosofia individualista da Constituição dos Estados Unidos da América do Norte, bem como das constituições de outros estados". Todavia, nos dias de hoje, não tem sido favorecido como consequência da "supremacia crescente do estado nacional" e do "crescimento da disciplina coletiva" (43).

Nesta enumeração encontram-se implícitos dois aspectos que devem ser explicitados.

O primeiro permite afirmar-se ser impensável um direito natural meramente racional, sem eontato com a existência, que é, por definição, histórica.

O segundo traz à baila os fins do ordenamento jurídico. Dentre estes importa referir a certeza (ou segurança) jurídica e a justiça. Embora não se trate de fins antitéticos, mas complementares, pode ocorrer que em determinadas circunstâncias, se apresentem como contraditórios. Em tais hipóteses, é necessária a opção entre a certeza (ou segurança) jurídica, propiciadora da ordem, e a justica, capaz de ensejar o inter-relacionamento humano harmônico. Correspondem esses dois objetivos à natureza individual e social do ser humano que reclama, por isto mesmo, simultaneamente a proteção de interesses e valores pessoais e sociais. Por isto, visto sob este ângulo, deve o direito encontrar o "equilíbrio entre aquilo que é essencial à vida da comunidade e o que não se pode negar ao homem como indivíduo, ser racional" (44). Sendo fatal ao direito o deseguilíbrio manifesto entre as duas ordens de interesses ou valores apresenta-se como intuitiva a necessidade de alcançar ou, ao menos, de propender para o meio termo realizador do estado de direito.

⁽⁴¹⁾ Mata-Machado, op. cit., p. 39-41.

^{(42) &}quot;O essencial é, sempre, a perspectiva histórica. Sem perspectiva histórica não há verdade, como não há realidade: nada há de novo a conhecer. Tudo se dilui no já visto e já conhecido, numa perspectiva abstrata do saber, que não leva a nada." Wilson, Chagas, op. cit., p. 57.

⁽⁴³⁾ Friedmann, op. cit., p. 95-7. O grifo é nosso.

⁽⁴⁴⁾ Fonseca, Arnaldo Medeiros da. Socialização e humanização do direito. Revista Jurídica, Rio de Janeiro 11:12, 1952/1953.

Enunciados estes dois objetivos fundamentais, é bem de ver-se que o direito natural situa-se no pólo da justiça (ou da validade intrínseca), o que, aliás, bem ressalta do pensamento de Goldschmidt (45). E. "para a realização da justica, sentimos a necessidade de certas regras de direção, fornecidas pela razão, com base na experiência..." (46) Demais, sendo a certeza (ou segurança) jurídica "uma qualidade indispensável da justiça, nenhuma lei que não a assegure pode ser considerada justa". Mas, sendo esta proposição verdadeira, não o é menos a que afirma que, "se, o ordenamento jurídico se restringir a ser um mero sistema legal, nunca será completamente justo". (47).

114

A FAMÍLIA À MARGEM DO CASAMENTO

ANTONIO ESTEVAO ALLGAYER

Consultor Jurídico do Estado do Rio Grande do Sul

A lei e o fato 1

Se na verdade a ordem social assenta na estabilidade do direito. não é lícito, entretanto, minimizar a advertência de ORTEGA Y GAS-SET no sentido de que essa mesma estabilidade, em confronto com a realidade histórica, pode converter-se em camisa de força (1).

Num mundo em que a rapidação da vida e as transformações sociais se processam em progressão, já não aritmética, nem geométrica, mas exponencial, o jus scriptum, a lei, entrou em descompasso com a realidade que se pretende disciplinar. O fato briga com a norma. E. o que é pior, o fato não raro desnuda a inocuidade da norma. As vezes a norma se evidencia anti-social. Tal fenômeno, que não escapa à consciência coletiva, trouxe à existência nova figura, ainda não agasalhada pela jurisprudência, porém mais e mais prestigiosa na doutrina: o abuso do direito. (2).

Realidade versus instituição

No Direito de Família, que se caracteriza por seu conservadorismo, a realidade disciplinada não é a de hoje, conforme adiante veremos. O descompasso do instituído com o existencial acarretou a "revolta dos fatos contra os códigos". O abismo entre a vida e o ordenamento jurídico, a defasagem entre a lei e o fato fez com que se forçasse o caminho sem a lei e mesmo contra a lei.

Deparam-se, destarte, duas realidades nem sempre coincidentes: o que deve ser, segundo a norma, e o que é, segundo as exigências indóceis da vida, dos fatos corriqueiros do dia-a-dia, do "struggle for life"

⁽⁴⁵⁾ Goldschmidt, op. cit., p. 46-7.

Fonseca, op. cit., p. 12.

[&]quot;But the system can never be completely just without loosing the quality of beeing a purely legal system." Bockelmann, Paul. Law and Security in the Modern State. Law and State, Tübingen, 9:134, 1974.

No que tange à família brasileira, coexistem, tranquilamente, a família institucional e a família de fato. Esta última, que integraria, segundo dados aproximativos coletados por Orlando Gomes e Nelson Carneiro, a metade da população nacional, só com imprecisão semântica poderia ser denominada família extralegal. Sustentá-lo seria incorrer em impropriedade de termos, porquanto o concubinato não é proibido por lei.

Importa notar que a família é um fato natural. Não é criação do homem. Ela pré-existe à instituição. O acidente convencional (celebração solene do casamento) não dá o "ser à coisa".

3. Corte diacrônico no Direito de Família

Pouco evoluímos, de dois mil anos a esta parte, no que tange à família e ao casamento. Na era eletrônica, da cibernética, do computador, das velocidades imprevisíveis, em que a vida humana é determinada por homens, máquinas e regras técnicas (3), continuamos emocionalmente, mentalmente e estruturalmente submissos às matrizes de Direito Romano. E não somos apenas herdeiros daquele direito editado pela Roma dos Cônsules, com raízes sumerianas, egípcias e gregas, que Justiniano codificou e o Império irradiou para todo o orbe então conhecido. Vivemos imersos no universo jurídico romano. Nele nos movemos, nele somos pai ou mãe, marido ou esposa, herdeiro, etc. Para constatá-lo basta confrontar a legislação ocidental com preceitos vigorantes na Velha Roma. O "jus vitae et necis", que conferia ao "pater familias", ao varão revestido de poderes despóticos, o direito de dispor sobre a vida da mulher e dos filhos e aderentes (4), continua latente em textos de lei que vieram até nós. Mitigado em sua atrocidade original por influências cristãs e pelo Direito Germânico, o absolutismo patriarcal sobrevive sob formas atenuadas em sistemas jurídicos europeus e americanos. É verdade que a mulher, o jumento, o escravo e o implemento agrícola já não se nivelam. Desnecessário acrescentar que foi proscrito o "servus nullum caput habet" e que a escravatura desapareceu como instituição. Há, no entanto, expressões cristalizadas em códigos que revelam a sujeição, a submissão da mulher casada ao varão-cabeca-de-casal. Os próprios termos com o prefixo latino sub... sugerem etimologicamente inferioridade, "estar por baixo".

Nas Ordenações do Reino, vigorantes, inclusive, no Brasil de antanho, atribuia-se ao chefe de família o inominável "jus corrigendi". Podia o varão infligir castigos à esposa, sem ofensa à ordem jurídica.

No Código de Napoleão, que se constituiu numa das melhores construções jurídicas, lídima glória da França do Século XIX, salienta-se o dever de obediência da mulher casada.

E, para surpresa das gerações porvindouras deste país de eminentes juristas, o Código Civil Brasileiro em vigor, até o advento da Lei n.º 4121, de 27.8.1962, nivelava a mulher casada à capacidade civil dos pródigos, dos silvícolas e dos menores de 16 a 21 anos de idade.

Nosso Código Civil ressente-se do pecado original em que nasceu. Nascia superado, em 1917. A escravatura já fora abolida. O latifindio cedera um pouco ao impacto das levas imigratórias que no Sul do Brasil realizaram o milagre da pequena propriedade. Um urbanismo incipiente já inaugurava nova realidade com o crescimento das cidades. A mulher entrara a obter status social mais significativo, graças ao trabalho fora do lar. E contudo, o Código vinha à luz espelhando uma sociedade patriarcal-ruralista-latifundiária-escravocrata. Era o decalque do que já não era...!

E esse Código está em vigor, enquanto o Anteprojeto do novo Código vem recebendo críticas e emendas, antes mesmo de se transformar em Projeto e, como tal, transitar pelas Casas do Congresso.

4. O concubinato

Foi dito acima que a família é fato natural, pré-existente à instituição. A partir deste pressuposto, passou-se a legislar, no século XX, sobre os efeitos das "uniões livres". No século passado simplesmente se ignoravam tais efeitos. Todo e qualquer preceito legal que se promulgasse nesse rumo seria considerado atentatório à instituição familiar. Seria tido como brecha no "clausus hortus" da indissolubilidade matrimonial e da estabilidade dos lares constituídos sob o pálio da lei (civil e canônica). O concubinato era considerado torpe e imoral. Fazia-se, então, abstração total da família não institucionalizada. As matrizes dessa

concepção influenciaram, por vias indiretas, o legislador brasileiro. A "fins ilícitos" (art. 82 do CC) jamais se poderia estender o manto protetor da ordem jurídica.

Entretanto, neste século XX, a consciência coletiva (Volksgeist) entrou a aperceber-se, com crescente realismo, de fatos concretos e palpáveis que se conflitam com tal intransigência. A concubina, por eufemismo chamada "companheira", no mínimo é um ser humano, e, como al, sujeito de deveres e de direitos. O filho da união concubinária, conquanto ilegítimo, é alguém concreto, real, e deve ser considerado. Nem mesmo o filho espúrio, especificamente adulterino ou incestuoso, pode ser simplesmente ignorado.

Face a essa realidade, os Tribunais reagiram sobre o obsoletismo e a omissão dos códigos. A justiça brasileira tem demonstrado notável bom senso no que tange ao dizer um direito humano, justo e cazoável, a partir de textos legais incompatíveis com a dinâmica do desenvolvimento e a rebeldia dos fatos sociais. Institutos alheios ao Direito de Família, mas consagrados pelo Código, antes mesmo do advento de uma legislação mais moderna, deram suporte jurídico às suas decisões, fundadas, em geral, no Direito das Obrigações.

Os juízes, que lidam com fatos palpitantes da vida humana, eles próprios cidadãos imersos na realidade social, passaram a considerar a união concubinária prolongada no tempo como sociedade de fato, considerando que não pode, sob pretexto algum, o varão enriquecer-se à custa da "companheira" de trabalho...

Na evolução doutrinária de elementos que poderiam enriquecer os fundamentos de julgados ousadamente favoráveis à situação da concubina, entrou-se a considerar honesta a união livre, desde que preenchesse os requisitos da moralidade, da permanência e de notoriedade (5).

Hoje se denota, especialmente no mundo ocidental, pressão de certas camadas da sociedade no sentido de alargar a permissividade das uniões de fato, a ponto de tornar-se extremamente precária a base legal do casamento. No Brasil, através da Lei n.º 6.015, de 31.12.1975, art. 57, § 2.º, faculta-se à concubina o uso do patronímico do companheiro, observadas algumas condições. É sem dúvida um passo a mais rumo à desinstitucionalização da família, no sentido que atribuo a esta palavra.

Causa espécie, por outro lado, a constatação de que famílias originadas de uniões livres se caracterizam, não raro, pelo hermetismo, conservadorismo e patriarcalismo encontradiço nas mais tradicionais famílias institucionalizadas. Exame desse fato foi feito em recente simpósio sobre a família, realizado em Salvador da Bahia, sob os auspícios do Movimento Familiar Cristão (MFC).

Na realidade, o concubinato foi tolerado, longo tempo, em plena era constantiniana. O Cristianismo, saído do banho de sangue das perseguições movidas em nome das leis do Império, modificara bárbaros costumes com a introdução de valores do Evangelho. Evidentemente veria na fidelidade dos cônjuges um dos imperativos do amor cristão. Tolerado pelo Direito Romano e institucionalizado pelo Direito Germânico, o concubinato seria extinto, posteriormente, por influência da Igreja. Contudo sobreviveu e floresceu, à margem da lei, e continua florescendo, também no Brasil.

5. O Concílio de Trento

A própria Igreja, antes do Concílio de Trento, não exigia a forma para a validade do casamento. A essência do matrimônio, já então considerado sacramento, consistiria no mútuo consentimento dos cônjuges com propósito de ser a união vitalícia, indissolúvel. Todavia, Concilios particulares já exigiam a publicidade e a bênção nupcial como elementos necessários à licitude do casamento. O casamento clandestino, embora válido, era considerado ilícito.

Em Portugal, nos primórdios do Reino, reconheciam-se três modalidades lícitas: o matrimônio de **vero sacramento**, em que as núpcias eram celebradas com toda a pompa ritualística; o casamento de aprovação das famílias, e o de mútuo consentimento, acompanhado da intenção de viverem os nubentes como marido e mulher até a morte os separar (4).

O Concílio de Trento, embora acentuasse a "traditio" e a "acceptatio" do "jus in corpus", isto é, o elemento intencional, de foro interno, e o material de entrega e aceitação física, passou a considerar o contrato solene, a forma, como necessária, não só à licitude, mas à própria validade do ato. O Decreto TAMETSI, editado em 1663, instituia, com o voto majoritário dos Padres Conciliares, a forma atualmente em vigor, que foi acolhida, em suas linhas fundamentais, pelo Código Civil Brasileiro. O Decreto em apreço, ratificado pelo Decreto NE TEMERE, de 1908, foi incorporado no "Codex Juris Canonici", vigorante, desde 1918, na Igreja Católica Apostólica Romana.

Em Trento foram estabelecidos os seguintes requisitos à validade da celebração matrimonial: os proclamas, que consistem em três enunciações públicas dos nomes dos noivos; a presença do Bispo, ou do Pároco, ou de Clérigo para tal fim credenciado, como "testis auctorizabilis" (testemunha necessária); a presença de duas testemunhas comuns e, por fim, a bênção nupcial.

Todavia, já o Concílio de Trento considerou que os ministros do sacramento do matrimônio são os próprios nubentes. O cerne do sacramento é a entrega concreta dos corpos para uso do matrimônio, o "jus in corpus" (cânon 1.081). Tanto isto é verdade que após Trento continuou a ser considerado válido e lícito o casamento realizado sem a presença do "testis auctorizabilis", ou seja, do presbítero ou diácono, uma vez que estivesse em perigo iminente de morte um dos nubentes. Ainda apareceu com mais nitidez a largueza da legislação eclesiástica, ao considerar válida e lícita a união dos noivos que, sem grave incômodo e dentro do espaço de um mês ou mais, não possam contar com a presença de clérigo (6).

6. O Casamento no Brasil

Antes da proclamação da República, de influência mareadamente positivista, inexistia o casamento civil neste país. A Igreja era unida ao Estado e o casamento religioso era a única forma legalmente reconhecida. Entretanto, já entre 1861 e 1863, com a afluência de imigrantes de confissão religiosa não-católica, especialmente os de religião

luterana, encontrou-se o modo de realizar tais casamentos sem constranger as consciências pela imposição do ritual católico romano. Disciplinou-se, assim, o "casamento acatólico" e o "casamento misto", através da lei de 11 de setembro de 1861. Com esta lei e seu regulamento, de 17 de abril de 1863, três formas de matrimônio eram reconhecidas no direito pátrio: o católico, celebrado segundo as prescrições do Concílio de Trento e disposições constitucionais do Arcebispado da Bahia (Ord., 4, 46, § 1.º, e lei de 3 de novembro de 1827); o casamento misto, contraído segundo essas mesmas disposições, porém conjugando um católico a um cristão de outra denominação; e, finalmente, o casamento acatólico.

Desde 1854 houve tentativas no sentido de secularizar-se o casamento no Brasil. Entretanto, só com a proclamação da República é que foi criado o casamento civil, através do decreto de 24 de janeiro de 1890. A iniciativa configurava-se como conseqüência da separação do poder temporal e espiritual, da Igreja e do Estado, objetivada no decreto de 7 de janeiro de 1890.

7. Tensão dialética entre instituição e vivência

Temos, no Brasil, duas realidades distintas, no que concerne ao casamento: a lei e o fato. Aquele deveria disciplinar a este. Tal, entretanto, muitas vezes não ocorre. Em muitas áreas, como vimos, o dever ser não se compadece com o ser. Para citar exemplo remoto, lembrarei que o concubinato já fora instituição jurídica. Em Roma, aos escravos e estrangeiros era defeso o casamento institucional. Por influência da Igreja, o concubinato foi eliminado da ordem jurídica. No Brasil, a lei voltou a considerá-lo fato gerador de direitos, em especial no âmbito das relações de trabalho, da previdência social e da infortunística.

Coexistem, na realidade brasileira, assim como na de outros países, a família institucional e a família "extrajurídica". E nem sempre esta última é menos honesta do que a primeira.

A família é fato natural. Onde existe um homem e uma mulher em união estável e um pequenino ser humano por ambos gerado ou adotado, aí existe uma família...! A essência está salva. A forma, repita-se, é acidente. Não se pode desconhecer, entretanto, que a institucionalização das relações sexuais e de suas conseqüências foi uma conquista da humanidade. Aos que consideram a sexualidade livre, impropriamente chamada "amor livre", um avanço uo sentido teilhardiano da hominização, deve ser objetado de que se trata de um retorno, não à pureza original da fidelidade espontânea, e sim a um passado menos edificante. Denota-se, não há dúvida, forte propensão, especialmente entre os jovens, de volta a formas tribais de convivência, à supressão da ritualística nupcial. Volveríamos à família construída sobre o consentimento mútuo, ao casamento consensual, do Reino de Portugal, ou a formas pré-tridentinas de coabitação, ou mesmo ao casamento grupal?

A resposta não saltará do desenvolvimento tecnológico. Estão em jogo valores que só um humanismo integral saberá resguardar.

Denunciava eu resquícios de prepotência do "pater familias" incrustadas em textos legais do Brasil. Em alguns casos, todavia, a legislação avançou mais do que a mentalidade popular. Haja vista o adultério, que o cidadão comum tem cousiderado perverso, quando praticado pela mulher, e atributo de virilidade, quando cometido pelo homem. No entanto, o Código Penal Brasileiro o capitula como crime (art. 240) e o Código Civil como infração que dá direito à parte ofendida de requerer o desquite (art. 317, item I). É que o "common sense", no Brasil, continua preso a moldes patriarcalistas. O divórcio, instituição que muitos consideram um progresso no que tange à emancipação da mulher, nesta moldura mental viria amesquinhá-la de maneira dramática . . .!

Vale o mesmo quanto à outorga uxória, instituto que só acolhem textos legais editados quando e onde a mulher desfruta de condição social e jurídica bem próxima à do varão. Os homens, que conservam em sua bagagem psicológica resquícios de patriarcalismo, dificilmente vêem o porquê dessa ingerência da mulher em negócios que respeitam à salvaguarda de bens familiares.

Como se vê, existem obstáculos mentais e emotivos, radicados em nossa formação histórica e em coudicionamentos milenares, que bloqueiam ou dificultam uma reformulação de nosso Direito de Família.

Tentativas não têm faltado. O Anteprojeto do Código Civil, em sua primeira redação, continha dispositivo que disciplinaria situações comuns na realidade brasileira. É o art. 1989 do Anteprojeto, assim formulado:

"Após cinco (5) anos de vida em comum como se fossem marido e mulher, presume-se serem de ambos os coucubinos os bens adquiridos a partir da coabitação, ainda que figurem em nome de um só deles."

Cláusuta ainda mais afoita se inseriu no art. 1699 do referido Anteprojeto. Nesse dispositivo se considera o casamento como algo dinâmico, que não acontece em dado momento e que tem na celebração seu ponto culminante. Atente-se para a formulação do preceito:

"O casamento se **aperfeiçoa** (grifei) no momento em que o homem e a mulher manifestarem, perante o juiz, a sua vontade de estabelecerem vínculo matrimonial, e o juiz os declarar casados".

BIBLIOGRAFIA:

- (1) ORTEGA Y GASSET, José. A rebelião das Massas. 3.ed. Rio de Janeiro, Livro Ibero-Americano, 1971. p.216.
- (2) MACHADO NETO, A. L. Compêndio de Introdução à Ciência do Direito. São Paulo, Saraiva, 1969. p.250.
- 3) PHILIPS, Lothar. Recht und Information. In: Rechtstheorie Ansätze zu einem Kritischen Rechtverständniss. Karlsruhe, C. F. Müller, 1971.
- (4) BUENO, Ruth. Regime Jurídico da Mulher Casada. 3.ed. Rio de Janeiro, Forense, 1972. p.109.
- (5) BITTENCOURT, Edgard de Moura. O Concubinato no Direito. Rio de Janeiro, Alba, 1961. v.1, p. 52, et seq.
- (6) PUHL, Waldemar I. O Matrimônio nos Códigos Canônico e Civil Brasileiro. Roma, Pontificia Universitas Gregoriana, 1945, p. 161-163. [Dissertatio (Laur. Iuris Canon) — Pontif. Univ. Greg., Roma]
- (7) BEVILAQUA, Clóvis. **Direito de Família.** Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 1956. p. 54 et seq.

CESSÃO DE FUNCIONÁRIOS A SOCIEDADES DE ECONOMIA MISTA E A FUNDAÇÕES OFICIAIS

MARIO BERNARDO SESTA
Consultor Jurídico do Estado
Membro do Conselho Superior da
Consultoria-Geral do Estado do
Rio Grande do Sul

1. Incoercível em razão das próprias necessidades de serviço, o fenômeno da cessão de funcionários públicos a entidades da administração indireta, bem como às fundações instituídas pelo Estado, tem ensejado inúmeros problemas, na medida em que, ultimamente, a descentralização das estruturas estatais vem se processando mediante a adoção preferencial de fórmulas organizacionais privatísticas, quais sejam as sociedades anônimas, ditas de economia mista (Emenda Constitucional n.º 1/69, art. 170 § 2.º; Decreto-lei n.º 200/67, art. 5.º, III; Decreto n.º 2.627/40, art. 2.º, parágrafo único) e as fundações (Decreto-lei n.º 900/69, art. 2.º; Código Civil, arts. 24 e seguintes).

Disso decorre ser comum a situação do funcionário público temporariamente posicionado em zona indefinida, de incidência SIMULTANEA de dois regimes funcionais: o próprio do seu cargo de origem, de cunho publicístico, e o do local de exercício, o qual, em se tratando de entidade organizada privatisticamente, será o da legislação trabalhista, estipulando as normas mestras dos dois regimes diversamente no que tange a direitos e vantagens.

No intuito de solucionar os problemas decorrentes dessas situações, editou-se Lei Estadual n.º 6.654/73, cuja constitucionalidade tem gerado dúvidas, em que pese a indiscutível justiça de seu conteúdo.

RCGE, Porto Alegre, 6(15): 125-144, 1976

Assim sendo, parece-nos oportuno visualizar o problema não só segundo os parâmetros por ela postos, mas também à luz do Estatuto do Funcionário Público Civil do Estado (Lei Estadual 1.751/52).

2. Nos termos da lei de seu regime próprio, o funcionário nomeado e empossado em cargo de provimento efetivo, ao entrar em exercício e através dele, na medida do decurso do tempo, além de fazer jus ao vencimento próprio, vai consolidando e enriquecendo sua posição, pela estabilidade e pelos direitos que vai adquirindo, a férias, gratificações adicionais, promoções, licença para tratar de interesses particulares, licença-prêmio, aposentadoria.

Esse tempo não é definido uniformemente para todos os efeitos: ora é enunciado simplesmente pela sua fluência, como se dá para os efeitos de adquirir direitos e vencimentos ("... pelo efetivo exercício...", Estatuto, art. 70), férias ("... depois do primeiro ano de exercício..." ibid., art. 100, § 2.º), licença para tratar de interesses particulares ("... depois de dois anos de exercício...", ibid., art. 150) e estabilidade ("... depois de dois anos de exercício...", ibid., art. 171; de forma similar dispõem a Constituição Estadual, art. 92, e a Constituição Federal, art. 100); ora vem acompanhado de qualificação restritiva, como para os efeitos da aquisição do direito à licença-prêmio, ("... dez anos ininterruptos. ... de suas funções estaduais...", ibid., art. 162); ora, finalmente definido em capítulo especial para os efeitos da aquisição dos direitos a promoções, gratificações adicionais e aposentadoria (ibid., arts. 166 a 170).

Neste capítulo especial ressalta, no art. 166, a expressão "tempo de serviço normal" para indicar certamente o que deflui do exercício ordinário expresso no art. 36, diverso do extraordinário mencionado no final da cabeça do mesmo dispositivo legal. Dito tempo de serviço normal deverá ser computado em dias "à vista das folhas de pagamento" (art. 166, § 1.º), enumerando-se ainda (art. 167) os dias "considerados de efetivo exercício" mesmo que o funcionário esteja "afastado do serviço".

RCGE, Porto Alegre, 6(15): 125-144, 1976

Finalmente, o art. 168 enumera períodos especialmente computáveis para efeitos de aposentadoria, excluídos, por omissão, os que se referem a sociedades de economia mista e fundações (item IV).

Dita omissão, em razão da referência constante do parágrafo único do art. 162, vale igualmente para definir as "funções estaduais" cujo exercício durante dez anos ininterruptos confere ao funcionário o direito à licença-prêmio, e se torna mais evidente na medida em que a Lei Estadual n.º 1.751/52, embora timidamente e fazendo uso de terminologia que não vingou no direito administrativo brasileiro, não desconhece de todo as "entidades paraestatais" (art. 67, parágrafo único).

A norma da Constituição Estadual (art. 99) assecuratória dos direitos a "... gratificações por decênio de serviço..." não altera o que se disse, porque, entre outros, tais direitos são assegurados "... nos termos da legislação própria...", isto é, da que foi citada, na medida em que se desconsidere, embora somente para efeitos de raciocínio, a legislação especial e, particularmente, a Lei Estadual 6.654/73.

O disposto no parágrafo terceiro do art. 102 da Emenda Constitucional n.º 1/69, referente ao cômputo recíproco de tempo federal, estadual e municipal "para os efeitos de aposentadoria e disponibilidade" também não invalida o que se disse, pois não refere a hipótese de cessão a entidades personalizadas nos moldes do direito privado e, de qualquer forma, remete à "forma da lei".

3. Ainda segundo norma pertinente a seu regime próprio (Estatuto, art. 35), o funcionário não pode ter exercício em serviço ou repartição diversa da em que estiver lotado, "salvo nos casos previstos neste Estatuto ou prévia autorização do chefe do poder competente, "... "para fim determinado e por prazo certo".

É certo que esse dispositivo não menciona expressamente as hipóteses de cedência de funcionário a sociedades de economia mista e fundações, pela simples razão de que, à época em que se aprovou o Estatuto, tais estruturas eram praticamente desconhecidas no processo de descentralização administrativa do Estado.

Como se disse acima, só numa passagem e, assim mesmo, usando terminologia imprecisa e que não vingou, o Estatuto menciona as "entidades paraestatais" (art. 67). No entanto, as melhores técnicas de hermenêutica habilitam o intérprete a ler a lei de sorte a fazê-la corresponder à realidade fáctica da época de cada leitura, enquanto seja possível combinar essá mesma realidade com as virtualidades dos vocábulos, expressões, alocuções integrantes da norma legal. E não parece forçar ditas virtualidades pretender-se que o termo "serviço", empregado no art. 35 do Estatuto, abranja aquelas entidades formalmente privadas. Aliás, esse entendimento é inequivocamente adotado no Decreto n.º 21.112/71 que, regulamentando o dispositivo estatutário, dispõe exatamente sobre as cedências de que se trata (arts. 12 e 13).

Consequentemente, nas cessões regulares, o funcionário estará em exercício, embora em local diverso do em que estiver lotado. A cessão do funcionário, que foi solicitada pela entidade cessionária e concedida pela autoridade cedente em razão do interesse de serviço encarado globalmente, não implica em interrupção do exercício (como, por exemplo, acontece na licença para tratar de interesses particulares) mas, simplesmente, em exercício excepcionalmente regular, em local diverso do da lotação.

O funcionário cedido não deixa de titular esta condição, não deixa de ser regido pelo estatuto próprio, nem deixa de adquirir os direitos que, nos termos deste Estatuto, lhe cabem.

Irrelevante a circunstância de a cessão fazer-se com ou sem ônus para os cofres públicos. Não é admissível que para o funcionário cedido sem ônus — sem vencimentos — esta circunstância da cedência, que lhe é estranha, venha a diminuir-lhe o amparo de seu estatuto próprio, ainda mais que a temporariedade da cessão acrescida de sua estraneidade na entidade cessionária tornarão precário o amparo do regime funcional desta última.

4. Um exame mais minucioso da condição do funcionário cedido fortalecerá por certo esse entendimento.

A premissa geral, e que se não pode esquecer, consiste na ausência de participação do cedido no processo da cedência, que se opera ao nível das variantes do interesse de serviço.

Quem solicita ou requer a cedência é a entidade interessada na mesma, sendo seu pedido examinado à luz do interesse de serviço visualizado globalmente, não só pelo enfoque da dispensabilidade de quem cede, mas, considerada a unidade finalística e dinâmica que subjaz à pluralidade organizacional do Estado, atendendo à **necessidade** de quem solicita.

O funcionário eventualmente cedido é institucionalmente estranho ao processo da cedência e à fixação de seu regime, sendo consultado e ouvido por razões, sempre recomendáveis, de cortesia, incapazes porém, de desvirtuar o cunho publicístico do procedimento.

Da negociação da cedência resulta, não eomo elemento predominante, mas sem dúvida considerável, o regime do mesmo: com ônus ou sem ônus para os cofres públicos. Na primeira hipótese o funcionário continua a receber dos cofres públicos, a contraprestação de seu trabalho. Na segunda, esse pagamento corre por conta da entidade cessionária.

Ainda na primeira hipótese, é comum que a entidade cessionária, a fim de evitar discrepância com os níveis de remuneração peculiares ao seu quadro funcional, complementa o vencimento do funcionário cedido com quantias às vezes expressivas.

A Lei n.º 1.751/52 não distingue os regimes da cedência, e a legislação especial posterior apenas alude a um ou outro deles, sem fixar-lhes características outras que não a obviamente indicada pelo nome e acima referida.

Ambos os regimes possíveis da cedência, apenas, e pouco, referidos — nunca definidos — como se disse, quer na Lei Estadual n.º . . 1.751/52, quer nas inúmeras leis especiais prevendo sua possibilidade,

implicam, sem dúvida, na hipótese excepcional prevista no art. 35 da sos bredita lei, isto é, no exercício do funcionário cedido fora de seu local de lotação, mediante autorização do Chefe do Poder competente, e por prazo certo — em exercício embora extraordinário, mas que não perde a não ser quando a mesma Lei Estadual n.º 1.751/52 assim disponha suas virtualidades.

Se a cedência é regular e, como tal, concedida em termos publicísticos, como se observou antes, nem haveria lógica nem justica em atribuir-lhe o condão de interromper o exercício.

Cedência regular não interrompe o exercício, como se dá com as faltas não justificadas ou com a licença para tratar de interesses para ticulares. Caso contrário, as consequências e virtualidades dessas situacões deveriam ser necessariamente vinculadas à primeira. Isto quer dizer: ou o funcionário cedido deveria entrar em licença para tratar de interesses particulares, o que seria um contra-senso; ou a interrupção do exercício redundaria em abandono do cargo, o que seria um contrasenso-maior.

Por isso diz bem o Estatuto quando considera em exercício. (sem distinção de regime) o funcionário cedido.

Tal entendimento não significa, evidentemente, ignorar as distinções que a própria Lei Estadual n.º 1.751/52 faz entre exercício e exercício no local da lotação ou na administração centralizada.

Também não procede, para estabelecer outras distinções entre os regimes da cedência, a preocupação em evitar a acumulação de vantagens peculiares aos dois regimes funcionais em que está imerso o funcionário cedido.

Na realidade, inexiste diferença substancial, nesse sentido, entre a cedência sem ônus, em que a entidade cessionária paga supletivamente uma remuneração ao cedido, e a cedência com ônus em que a cessionária complementa os vencimentos do funcionário cedido.

RCGE, Porto Alegre, 6(15): 125-144, 1976

O fato de, na cessão sem ônus, a remuneração, que deveria ser paga pelo Estado, ser paga pela cessionária segundo normas próprias de seu estatuto jurídico, decorre da inadmissibilidade, salvo nos raros casos definidos expressamente em lei, do trabalho gratuito.

Não pode tal remuneração receber enfoque diverso da que o funcionário, cedido com ônus, recebe complementarmente da entidade cessionária e que também será por esta pago de conformidade com as normas próprias de seu estatuto jurídico.

E, insistimos em que inexiste diferença porque, em ambas as hipóteses, as quantias pagas pela cessionária, à luz da legislação própria de seu regime funcional, são salário.

A circunstância de o funcionário cedido receber, supletiva ou complementarmente, salário da cessionária determina distinção apenas quantitativa, nunca qualitativa, entre os regimes da cedência, sem querer, com isso, ignorar os diferentes graus de imersão do cedido num regime funcional que lhe é, em qualquer caso, estranho.

A suplementaridade ou complementaridade da remuneração paga pela cessionária ao funcionário cedido justamente decorrem da ótica interna, possível e necessária em razão do bifrontismo peculiar às sociedades de economia mista e fundações instituídas pelo Estado, que determina a minimização conceitual, para efeitos internos, da caracterização salarial das quantias correspondentes o que justifica a desconsideração que corretamente se dá, na tradição administrativa do Estado, como bem refere, embora com alcance menor, COUTO E SILVA, de circunstância que de outra forma implicaria em acúmulo constitucionalmente proibido. (Parecer n.º 2740/74 CGE).

É preciso ter presente que as entidades cessionárias organizadas privatisticamente, consideradas agora sob seu ângulo peculiar ou, se se quiser, exterior ao Estado, não têm como pagar quantias mensais a quem lhes presta serviço, regular e subordinadamente, a não ser nos termos de legislação cogente, como o é a legislação trabalhista, e hierarquicamente superior a do Estado por ser federal.

Não é o funcionário cedido que quer manter um segundo vínculo; este é inarredável em razão de legislação federal: cogente.

Neste passo, ocorre a lição oportuna de CIRNE LIMA ao enfatizar o caráter bifronte das sociedades de economia mista, bem menos marcadamente mista, na nossa prática, pela participação acionária estatal do que pela duplicidade de seu regime, o que também se pode, com propriedade, depreender do conceito de "economia". Enquanto sociedade anônima e, portanto, privada, "somente o é... em relação a terceiros com quem entra em contato; não, assim, em suas relações com a entidade pública, para a qual ou pela qual foi criada, como instrumento de intervenção social e econômica. Privada "quoad extra", a sociedade de economia mista é necessariamente pública "quoad intra" (in Pareceres de Direito Público, 1.963, Livraria Sulina, pág. 18, n.º 4).

No mesmo sentido WALDEMAR FERREIRA: "(A Sociedade de Economia Mista) aparentemente é sociedade anônima, mas, na essência e no seu funcionamento, muito mais se caracteriza como ente autárquico" (in "A Sociedade de Economia Mista em seu Aspecto Contemporâneo", São Paulo, 1.956, pág. 164).

O mesmo vale para as fundações instituídas pelo Estado. Da mesma forma que a sociedade anônima é forma jurídica estrutural privatística, utilizada para fins publicísticos nas sociedades de economia mista, assim também o é a fundação, instituto necessariamente civilístico enquanto fórmula organizacional. O direito público tem na autarquia a fórmula própria de organização que corresponde à fundação na medida em que ambas são manifestações aplicadas das teorias do patrimônio-fim.

Nem mesmo a irrealidade da autarcia de inúmeras fundações instituídas pelo Estado pode descaracterizá-las como instituições estatutariamente privadas, da mesma forma que as sociedades de economia mista que, na nossa prática, como já referimos, têm um único acionista real, completando-se o número mínimo legal com acionistas simbólicos. (1).

O regime do funcionário cedido, se ja qual for a modalidade da cedência, desde que regular, é das coisas internas no relacionamento entre o Estado e as entidades cessionárias, o que explica e possibilita mesmo a existência das cessões, e que, portanto, se mantém submisso ao regime publicístico.

Há uma supremacia do estatuto **publicístico** sobre o privatístico, não só em razão da superioridade natural do primeiro sobre o segundo, como também face à normal vocação à permanência do funcionário em relação ao primeiro e à necessária, porque legal, precariedade de sua temporária imersão no segundo.

Disso decorre, como já se disse, que as quantias pagas pela cessionária ao funcionário cedido, quer a título complementar, quer supletivamente, embora sejam efetivamente salário, por que aquela não teria como pagá-las se assim não fosse, são entendidas, na tradição administrativa do Estado, como apêndice e não como duplicação face ao regime próprio de quem as recebe, como bem frisou COUTO E SILVA no aludido parecer, porque a categoria privatística cede e de certo modo se descaracteriza, face ao regime publicístico ao qual acede e que lhe é naturalmente superior.

lsso importa quando se raciocina em termos de acumulação de vantagens. O funcionário cedido sem ônus não recebe evidentemente os adicionais por tempo de serviço ou quinquênios a que tenha direito por serem tais quantias acessórios do vencimento; o funcionário cedido mesmo com ônus, não conta tempo de cedência para efeitos de aposentadoria, porque a Lei Estadual n.º 1.751/52 distingue nesse caso o exercício do tempo de serviço do Estado, exigindo este para a aquisição daquele direito, como já se viu.

Mas o funcionário cedido não tem como não receber o décimoterceiro salário; não pode pretender, mesmo sem optar pelo sistema do FGTS, que a entidade cessionária não recolha as contribuições a que está obrigada; nem que, não sendo optante, o tempo de serviço na cessionária não conte para sua eventual estabilidade. O que há de prevalecer não é a contabilidade das vantagens, que é ilusória em face da precariedade temporal necessária da cedência, ainda que renovada inúmeras vezes.

Há de prevalecer a consideração de que, como já se disse, o funcionário cedido, em razão mesmo da aludida precariedade temporal da cedência, **não tem vocação à permanência** no regime funcional da cessionária, de sorte que não têm valor maior as vantagens a que ali venha a fazer jus.

E caso opte pela adesão ao quadro funcional da cessionária, se por um lado aqueles direitos passarão a ter sentido, terá aberto mão de outros que adquirira no regime que até então lhe era próprio.

É preciso impedir que o cuidado em evitar cumulação de vantagens, em certa medida procedente, não degenere em entendimento que resulte em empobrecimento injustificado do funcionário envolvido num procedimento publicístico como o da cedência, em que se lhe venha a coibir a aquisição e/ou o exercício de direitos próprios de seu regime estatutário, sob a alegação de que está a adquirir e gozar outros, em relação aos quais, na realidade, pouco mais é do que estranho.

6. Face ao que dispõe, portanto, a Lei Estadual n.º 1.751/52 (sem considerar ainda a Lei Estadual n.º 6.654/73), o funcionário cedido para uma sociedade de economia mista ou l'undação, seja com ônus, seja sem ônus para os cofres públicos, estará regularmente no exercício, e fará assim jus indiscutivelmente, incorporando-os à sua condição, aos direitos que decorram da simples projeção temporal do exercício, isto é, (além dos vencimentos ou sua compensação pela entidade cessionária conforme o caso) férias, licença para tratar de interesses particulares, e estabilidade. Não fará jus, por força das restrições contidas no próprio estatuto, a computar o tempo da cedência para efeitos de promoções, aposentadoria e gratificações adicionais.

Também **não faz jus à licença-prêmio**, pois, sem forçar conceitos, não há como considerar "estadual" (Estatuto, art. 162) serviço prestado a pessoas jurídicas de direito privado. Esse entendimento fi-

ca corroborado na medida em que se recorde a inserção do inciso IV do art. 168 do Estatuto no parágrafo único do art. 162 do mesmo diploma tegal.

Por isso, a Lei Estadual n.º 6.370/72 (art. 7, parágrafo 3.º) e a Lei Estadual n.º 6.497/72 (art. 7.º, parágrafo 3.º) referentes à cessão de l'uncionários a fundações, a primeira ainda em vigor por exceção à Lei Estadual n.º 6.654/73, enumeraram, para garantir aos funcionários cedidos às ditas entidades, os direitos que estatutariamente não lhes ficariam assegurados — licença-prêmio, gratificação adicional e aposentadoria (excluída a promoção, certamente pela pouca expressão que apresenta em termos gerais de organização do funcionalismo, mas, de qualquer forma, excluída); enumeração complementar, portanto, não restritiva.

7. O mesmo raciocínio, que inadmite, nos termos da lei, o empobrecimento da condição funcional do funcionário cedido, em razão unicamente da cedência, igualmente inadmite a acumulação indiscriminada de vantagens em decorrência da mesma situação peculiar.

Por isso, parece-nos indispensável, para uma abordagem correta do tema, a distinção entre as fases de **aquisição** e de **fruição** de direitos funcionais.

O funcionário cedido sem ônus só poderá gozar de seus direitos funcionais, mesmo os que tiver adquirido durante a cedência, quando esta cessar.

O funcionário, cedido **com ônus**, receberá junto com seu vencimento, e somente incidindo sobre seu montante, os adicionais a que fez jus em razão do tempo de serviço, mas só poderá fruir os demais direitos funcionais quando cessar a cedência.

É evidente que o funcionário cedido com ônus faz jus ao gozo de seu vencimento; da mesma forma o cedido sem ônus, embora pela regra de acessoriedade, operando como fator excludente, a substituição da fonte pagadora implique numa restrição no que respeita à fruição das gratificações adicionais.

O funcionário cedido, considerando a matéria sempre à luz do Estatuto, não contará o tempo de serviço da cedência — salvo lei especial dispondo diversamente, como seria o caso citado da Lei Estadual n.º 6.370/72 — para adquirir os direitos relativos à licença-prêmio, adicionais por tempo de serviço e aposentadoria. Gozará, porém, dos adicionais acessórios do vencimento, já adquiridos à época da cedência, em razão da acessoriedade, em função da qual o cedido sem ônus fica privado dessa fruição.

No que tange ao gozo de direitos que impliquem na cedência, remuncrada ou não, do servidor cedido, ressalvado o direito a férias anuais, que, além de ser nas suas linhas básicas, comum aos dois regimes funcionais, é essencial à preservação da própria capacidade de trabalho do servidor, os demais sofrem uma paralização determinada pelo regime publicístico da cedência. Se esta se faz por tempo determinado, isto está a significar que a presença do cedido é indispensável onde está servindo excepcionalmente, por razões de interesse público.

Nada impede que o cedido adquira, no curso da cedência, por exemplo, direito à licença para tratar de interesses ou licença-prêmio (esta só se legislação especial assim dispuser; à luz da Lei Estadual n.º 1.751/52, não), mas somente poderá gozar desse direito, adquirido antes ou durante a cedência, depois que esta terminar ou pedindo para que seja interrompida, de sorte a possibilitar que a entidade cessionária, quer por via de nova cedência quer por outra, possa preservar seu interesse de serviço.

Nesse contexto, parece meihor a inserção da idéia da "quiescência", expressa por COUTO e SILVA (Parecer n.º 2740/74/CGE), entendida, porém diversamente: não para caracterizar a cedência sem ônus; mas, o que parece mais exato, para exprimir o descompasso a menor do tempo de cedência para a aquisição de certos direitos funcionais e a impossibilidade de fruir qualquer deles no mesmo período, independentemente do regime da mesma cedência, de conformidade com o que se tem sustentado até aqui.

Ainda prevalece o público sobre o privado, como lhe é próprio, no que respeita ao gozo de férias, na medida em que o funcionário cedido gozá-las-á nos termos de seu estatuto.

Por outro lado, em ambas as modalidades de cedência, cessada essa situação, esvaziam-se os direitos eventualmente adquiridos em razão do decurso de tempo e próprias do regime funcional da cessionária.

8 Cumpre se examine agora a questão à luz da Lei Estadual n.º 6.654/73.

Esta refere os dois regimes de cessão de funcionários públicos em termos coincidentes com os acima expostos (art. 1.º, I, II e III); não estabelece distinções outras que a fonte pagadora da remuneração entre a cessão com ônus e a sem ônus, considerando igualmente "vencimentos" as quantias que complementar ou supletivamente recebam das entidades cessionárias, e dispondo que sobre elas incidirão as contribuições próprias da previdência social estadual (art. 1.º, IV).

O art. 2.º não é de fácil compreensão, mas, sem dúvida, nada tem a ver com a cedência sem ônus, enquanto tal, hipótese em que o vencimento do cedido será "igual ao salário que perceberia se empregado (...) fosse" (art. 1.º, III). Seu pressuposto é a "opção" a que se refere; opção na qual o funcionário decide trocar sua precariedade no mundo funcional da cessionária, pela definitiva imersão nele, hipótese essa que implica na exoneração do cargo, indicada a fim de não se configurar acumulação ilícita. Esse o verdadeiro sentido do art. 2.º que, como tal, deve ser compreendido dentro dos limites da definição constitucional da proibição de acumular, e não além.

Quanto mais não seja como repositório conceitual, conforta essa lei, cuja validade se discute, a exposição até aqui formulada sobre regimes da eedência. E nosso direito oferece exemplares sólidos de conceitos eficazes fundados em normas há muito sem aquela qualidade. Tome-se, por exemplo, o conceito de mercância apoiado no velho e famoso Regulamento 737, de 1850, de há muito revogado.

Complica-se o exame da Lei Estadual n.º 6.654/73, quando enfrentamos, não face ao seu conteúdo conceitual, no que se afigura impecável, mas no sentido formal, a disposição segundo a qual as quantias pagas pelas entidades cessionárias aos funcionários cedidos são "computáveis para todos os efeitos eomo vencimento", sendo os pagamentos efetuados "em nome do Estado" (art. 1.º, IV).

Há quem sustente ser essa disposição duplamente inconstitucional: em primeiro lugar porque antagonizaria o disposto no art. 98, parágrafo único, da Constituição Federal, que proíbe vinculação ou equiparação de qualquer natureza para efeitos de remuneração de pessoal do serviço público; em segundo lugar porque brigaria com o disposto no art. 26, item VII, da Constituição do Estado, na medida em que a fixação de estipêndios dos cargos públicos compete à Assembléia Legislativa, mediante iniciativa e com a sanção do Governador, vedada a delegação de competências, conforme manda o art. 6.º, parágrafo único da Constituição Federal, repetido pelo art. 4.º, parágrafo segundo, da Constituição Estadual.

A primeira objeção se torna mais clara se imaginarmos, na hipótese de cedência com ônus em que o funcionário cedido ainda perceba remuneração complementar paga pela cessionária, o aumento dos salários do quadro desta última a determinar automaticamente o aumento correspondente na parcela complementar do "vencimento" do cedido.

No que concerne à **primeira objeção**, e considerando o cunho proibitivo do parâmetro constitucional e a recomendável exegese estrita, parece não configurar a lei estadual o que não quer a norma constitucional. Com efeito, esta visa impedir a ressurreição de disposições le-

gais ordinárias aptas a provocar aumentos em cascata, referentes a inteiras categorias de funcionários. A lei estadual, ao contrário, visa regular, e no mérito o fez bem, não um sistema de aumento em cascata, mas o tratamento unitário da remuneração do servidor, a qual, temporariamente, se compõe de parcelas em si diversas, mas unificadas à luz da unidade dinâmica do Estado e dos critérios do regime próprio do servidor considerado.

Não estivera o funcionário cedido e nunca poderia pleitear remuneração total ou parcialmente referida à própria de funções semelhantes em sociedades de economia mista ou fundações instituídas pelo Estado.

A singularidade, temporariedade e excepcionalidade das situações que a Lei Estadual n.º 6.654/73 busca regularizar tornam-na não colidente com o escopo proibitivo do dispositivo constitucional.

Não se estabelece, na lei estadual, nenhuma vinculação ou equiparação sistêmica, o que seria, isso sim, inconstitucional; os eritérios e padrões referentes aos vencimentos dos cargos públicos e dos empregados de entidades descentralizadas continuam sistemicamente estanques.

De outra parte, a norma constitucional não pode ser entendida com maior rigorismo, pois levaria a impasses tais como a impossibilidade de o serviço público contratar pela CLT, como vem sendo programado na área federal (Lei Federal n.º 6.185/74, arts. 1.º e 3.º), eis que neste regime a equiparação é norma básica, sem falar nos níveis de salário mínimo, geral e profissionais.

No que concerne à **segunda objeção**, cumpre apelar ainda uma vez ao entendimento estrito dos preceitos limitativos, para ler, na norma constitucional estadual, **estipêndios** com seu conteúdo próprio, enquanto a lei ordinária adota a expressão **vencimentos**, expressamente num conceito lato, **equiparando-os** para todos os efeitos, aos vencimentos em sentido estrito.

De outra parte, sem esquecer que a norma proibitiva das delegações existe de longa data nos textos constitucionais federais e estaduais, cumpre notar a existência, confortada pela reiteração do uso, de gratificações cujo valor é fixado discricionariamente pelo Governador, sem limite de número (Lei Estadual n.º 6.417/72, art. 5.º; Lei Estadual n.º 2.331/54, art. 24, parágrafo único).

Parece-nos, outrossim, não prevalecer a suspeita, também cogitada, de inconstitucionalidade do que dispõe o art. 4.º da Lei que se está a analisar, por infringente do limite fixado no art. 101, § 2.º da Constituição Federal, eis que a norma discutida visa apenas assegurar ao funcionário a que diz respeito, **proventos iguais aos vencimentos** que esteja a perceber no momento da jubilação, **nunca superiores**; caso inexistisse esse dispositivo na Lei Estadual n.º 6.654/73 e considerada a sistemática que a mesma adota ao equiparar a vencimentos, para todos os efeitos, as quantias complementar ou supletivamente pagas pela cessionária ao cedido, este, ao inativar se, perceberia **menos** do que em serviço, o que é injusto.

Se dispositivo existe na Lei Estadual n.º 6.654/73 que possa ser considerado inconstitucional, este será o de seu art. 7.º, que fere o princípio da isonomia por inexistir razão para tratamento discriminatório de servidores que não gozam, em relação aos demais a que se refere a sobredita lei, de nenhuma vantagem que justifique a diferença.

Ainda que para argumentar apenas, fosse a Lei Estadual n.º .. 6.654/73 considerada no todo ou em parte inconstitucional, afigura-senos, com certeza, nenhum de seus dispositivos, exceção feita a seu art. 7.º, poderiam ser acoimados de portadores de vício flagrante para ensejar, segundo orientação largamente aceita, a possibilidade de seu descumprimento puro e simples.

A melhor doutrina, estribada por certo na preocupação com a segurança enquanto condição funcional do Direito, enfatiza que a lei, mesmo inconstitucional, é lei, existe como tal, ainda que nulamente exista e, anormalmente, mas positivamente, é eficaz, até que, julgada

inconstitucional nos termos do art. 116 da Constituição Federal, o Senado lhe suspenda a eficácia, com base no art. 42, VII da mesma Constituição.

9. Considerada constitucional a Lei Estadual n.º 6.654/73, ou quando menos eficaz, até que outra lei a revogue ou o Senado lhe suspenda a execução, ressalta do seu contexto o art. 3.º ao determinar que o tempo de serviço correspondente à cedência será computado, para todos os efeitos, como se estadual fosse.

Superam-se, assim, as restrições anteriormente apontadas e decorrentes do que dispõem os arts. 162, 166, 167 e 168 da Lei Estadual n.º 1.751/52, restritivas do cômputo do tempo de cedência para adquirir os direitos à licença-prêmio, gratificações adicionais, promoção e aposentadoria.

Resulta, assim, que em toda cedência regular de funcionário estadual ou autárquico para sociedade de economia mista ou fundação instituída pelo Estado, desprezada por flagrantemente desigualitária a exceção prevista no art. 7.º da Lei Estadual n.º 6.654/73, o tempo de cedência equivale, segundo expressão consagrada, a serviço público estadual. (2)

NOTAS

(1) O exacerbado descolorimento do negócio societário real como origem das sociedades de economia mista, bem como a inexistência de autarcia na grande maioria das fundações oficiais, conduzem o analista a ressaltar absolutamente a unidade subjacente e a considerar aquelas estruturas não mais que artifícios organizacionais, sem muita cónsistência como entidades diversificadas. O disposto no art. 178 do Decreto-lei n.º 200/67 ilustra bem esse entendimento ao determinar que "... empresas ou sociedades em que a União detenha a maioria do capital votante e que acusem ocorrência de prejuízo continuado poderão ser liquidadas ou incorporadas a outras entidades por ato do Poder Executivo, respeitados os direitos assegurados aos eventuais acionistas minoritários, se houver, nas leis e atos constitutivos de cada entidade" (grifou-

- se). Na mesma linha de pensamento, o requisito estabelecido pelo item "b" do art. 2.º do Decreto-lei n.º 900/69 para constituição de fundações pelo poder público na esfera federal, procura restituir a autarcia a essas entidades.
- (2) Concluindo-se pela constitucionalidade da Lei Estadual n.º 6.654/73, impõe-se reexaminar, agora, à luz desta lei, a distinção antes desenvolvida entre as fases da aquisição e da fruição dos direitos estatutários, particularmente no que concerne às férias e à licença-prêmio.

Com efeito, a fruição de direitos que impliquem em afastamento depende de requerimento que será deferido de modo a conciliar o direito do funcionário com o interesse do serviço. Essa discrição no deferir é limitada só no que respeita a férias, em razão da peculiar finalidade deste direito-dever; diz a lei que o funcionário "gozará obrigatória e anualmente..." (Estatuto, art. 100; grifou-se) de férias.

Bem diferente é a natureza da licença-prêmio, que é concedida em **reconhecimento** à assiduidade (veja-se o teor do art. 162 do Estatuto) e que, ao contrário das férias, pode não ser gozada para ser convertida em dobro, em proveito da aquisição e gozo de outros direitos (Constituição Estadual, art. 99; Estatuto, art. 165).

Nem fixa o Estatuto limite de prazo para deferir pedido de licença-prêmio; dispõe que será gozada no todo ou em parcelas não inferiores a um mês, de acordo com escala aprovada pelo chefe da repartição, tendo em conta a necessidade de serviço (Estatuto, art. 163; grifou-se).

Ora, se a cedência se dá **por necessidade de** s**erviço**, enquanto perdurar seu fundamento este simultaneamente não existe para a fruição da licença-prêmio, eis que esta, uma vez requerida, como vimos, será deferida atendendo-se à necessidade de serviço.

A eventual alegação de que as cedências podem ser por prazo indeterminado e que, assim sendo, o entendimento adotado frustraria a fruição do direito à licença-prêmio, não procede, em primeiro lugar, porque a cedência sem limite de tempo contraria o art. 35 dos Estatutos, o art. 15 do Decreto n.º 21.112/71 e contraria a prática consagrada na administração pública estadual.

Em segundo lugar, o desatendimento capcioso à pretensão do interessado em gozar licença-prêmio encontra uma barreira específica ao que dispõe o parágrafo único, do art. 163 do Estatuto e, configura, o que é muito mais importante, abuso de direito contra o qual tem remédio a ordem jurídica.

Evidentemente, admissível é, até para atender o interesse do serviço da entidade cessionária, que a cedência se interrompa e se retome ao ritmo da escala de gozo da licença-prêmio do funcionário cedido, eis que é bem possível que tal composição atenda melhor ao interesse da cessionária em não perder o desfrute das qualidades especiais do cedido.

De qualquer forma, porém, ainda assim a fruição da licençaprêmio não se cumularia com a cedência, de sorte que, mesmo considerados vencimentos, nos termos da Lei Estadual n.º 6.654/73, as quantias pagas complementarmente pela cessionária ao cedido, estas cessariam porque cessaria a cedência, ainda que nos termos da alínea anterior, enquanto houvesse gozo da licença.

Na verdade, porém, o que a Lei Estadual n.º 6.654/73 diz é que as cedências de que trata são consideradas para **todos** os efeitos como serviço públic**o estadual.**

Se a equiparação fosse apenas para adquirir, e não para gozar, os direitos estatutários, ela se não estaria fazendo para os efeitos que a lei quer, que são **todos.**

Esse dispositivo legal, em que pese alguns problemas que projeta para a economia interna das cessionárias, em matéria de legislação trabalhista, pela equiparação das vantagens de seus empregados propriamente ditos com aqueles que só o são na medida de suas cedências, vem ao encontro das mais atualizadas correntes doutrinárias e jurisprudenciais em face da relatividade da consistência de certas entidades personalizadas.

Assim, se razão houvesse nos termos da Lei Estadual n.º ... 1.751/52 para distinguir a aquisição da fruição dos direitos estatutários pelo funcionário público cedido a sociedades de economia mista e fundações oficiais independente do regime da cedência, tal razão não prevalece ante o teor da Lei Estadual n.º 6.654/73 que, no fundo, mais não faz do que reconhecer a realidade.

PARECERES

EXERCÍCIO DE SECRETARIA MUNICIPAL POR VEREADOR

MANOEL ANDRÉ DA ROCHA Consultor Jurídico do Estado do Rio Grande do Sul

PARECER CGE N.º 3376

Os Secretários Municipais, Diretores de Departamentos dos Municípios ou equivalentes, enquanto auxiliares diretos e imediatos dos Prefeitos Municipais, exercem funções de natureza político-administrativa e são qualificados como agentes ou condutores políticos, não sendo por isso o exercício de tais funções vedado aos Vereadores, nos termos do § 5.º, do artigo 104, da Constituição Federal, com a redação que lhe foi dada pela Emenda Constitucional n.º 6, de 04 de junho de 1976, e ainda do § 2.º, do artigo 153, da Constituição do Estado, o qual continua em pleno vigor.

A ocupação de quaisquer cargos em comissão ou de confiança, ou a aceitação de emprego ou função, não mediados por concurso público, no âmbito de administração pública direta ou indireta municipal, inclusive os cargos de direção em autarquia, empresa pública, sociedade de economia mista ou fundação instituída pelo Município, nos termos do referido § 5.º, do artigo 104, da Constituição Federal, e ainda do artigo 153, I, b, e II, c, da Constituição do Estado, estão absolutamente vedados aos Vereadores, sob pena de extinção do mandato, a teor do artigo 8.º, IV, do Decreto-Lei n.º 201, de 27 de fevereiro de 1967.

Pelo Ofício n.º 49/2-L/3, de 16 de junho de 1976, dirigido ao Consultor-Geral do Estado, o Senhor Prefeito Municipal consulta quanto à situação do Secretário Municipal de Serviços Urbanos, em face da Emenda Constitucional n.º 6, de 04 de junho de 1976. Trata-se, na espécie, de Vereador licenciado, pelo que se pergunta especificamente pela necessidade de renunciar o mesmo ao seu mandato legislativo para

poder eontinuar exercendo as suas atividades junto à administração do Município. Esclarece o consulente que a Câmara Municipal reúne se somente uma vez por semana, nas quartas-feiras à noite, não havendo por isso incompatibilidade de horários. Distribuídos os autos, vieram para a Unidade de Consultoria e Procuradoria para Assuntos de Pessoal.

É o relatório.

2. Apesar de suseintamente formulada, quer parecer que a consulta intenciona a interpretação que se há de dar ao § 5.º, do artigo 104, da Constituição da República, com a redação que lhe foi dada pela Emenda Constitucional n.º 6, de 04 de junho de 1976. De modo específico, se pretende saber se a titulação de Secretaria ou Departamento Municipal, ou órgão equivalente, está incluída na vedação, posta aos vereadores, de que ocupem cargo em comissão, ou emprego ou função, não mediados por concurso público, na administração pública municipal, direta ou indireta. De fato, reza o referido § 5.º do artigo 104 da Carta Magna, "verbis":

"Art. 104 —

§ 5.º — É vedado ao vereador, no âmbito da administração pública, direta ou indireta municipal, ocupar cargo em comissão ou aceitar, salvo concurso público, emprego ou função".

A questão, pois, é a de saber se as funções de secretário municipal ou equivalente são subsumíveis no conceito de cargo ou função de confiança, exercidos em comissão, da resposta a essa questão dependendo a compatibilidade entre o mandato legislativo de vereador e o exercício do cargo executivo em referência.

3. A primeira abordagem do problema deve ser feita sob o enfo que da natureza das funções exercidas pelos secretários municipais, chefes departamentais ou equivalentes. Ora, em nossa organização institucional-administrativa, não pode padecer mais dúvida que essas funções não são meramente administrativas, mas sim político-administrativas, tanto quanto essas exercidas pelos Prefeitos Municipais. A raiz última disso deve ser buscada no conteúdo eminentemente político do próprio conceito de autonomia municipal, tal como foi institucionalizado em nossa pátria, nos textos constitucionais. Em nosso sistema político jurídico, não podem os Estados e os Municípios serem ditos mera descentralização administrativa, pela qual fossem constituídos em pessoas jurídicas de natureza local, isto é, pessoas jurídicas exercendo competência local derivada, que lhes tenha sido devolvida. Bem pelo contrário, os Estados e os Municípios são pessoas jurídicas territoriais, cuja competência territorial é originária, e lhes foi distribuída pela Lei Maior.

Enquanto pessoas jurídicas territoriais, os Estados e os Municí-4. pios agregam o elemento território ao elenco das marcas necessárias para a sua personificação jurídica. O que se tem aqui é "a noção da essencialidade do território em relação à pessoa, ou como elemento de integração destas, ou como critério de discriminação dos indivíduos nela incorporados, ou como limite espacial de competência, ou, ainda, meramente como pressuposto lógico-jurídieo da personificação" (sublinhei) (CIRNE LI-MA, Ruy. Princípios de Direito Administrativo Brasileiro, 3.ed. Porto Alegre: Sulina, 1954, p. 150). De outra parte, enquanto pessoas jurídicas territoriais, os Estados e os Municipios, tanto quanto a União, exercem competência originariamente distribuída pela comunidade internacional, organizada em cortes verticais (poderes executivo, legislativo e judiciário) e cortes horizontais (União, Estados e Municípios). "Temos, destarte, poderes federais e território federal; poderes estaduais e território estadual; poderes municipais e território municipal. Em relação aos Estados e Municípios, pode dizer-se que se repete "mutatis mutandis", na órbita do Direito Interno, o fato do Direito das Gentes. A Constituição Federal com maiores ou menores restrições de forma e de fundo, deixa aos Estados e aos Municípios uma esfera própria de competência a organizar. A competência estadual e municipal é, por este traço, semelhante à federal. Usando de velha terminologia, a competência dos Estados e dos Municípios é, como a da União, originária". (CIRNE LlMA, Ruy, op. cit. p.145) A conclusão de tudo isso decorre com precisão, sempre na pena do mestre CIRNE LIMA, estabelecendo com clareza meridiana a distinção, em nosso sistema político-jurídico, entre a

pessoa jurídica, de natureza local, e a pessoa jurídica territorial, a partir de distinção entre competência local e competência territorial: "A competência local é devolvida: — uma regra superior a determina, e a competência local é, em realidade, o conteúdo dessa regra superior. Inversamente, a competência territorial é meramente distribuída: — consiste exatamente no que não foi regulado pela regra superior; no que esta distribuiu, deixou ao arbítrio da entidade territorial. Usando de outra terminologia, a competência territorial é originária, ao passo que a competência local é derivada. Igual diferença separa a pessoa jurídica, de natureza local, de pessoa jurídica territorial. Nesta, o território é dado originário; naquela, o resultado da competência atribuída à pessoa". (CIRNE LIMA, Ruy. op. cit., p.151)

5. Se do Estado tanto não se afirma, por se entender quase evidente a falsidade de tal assertiva, não deixou o Município de ser considerado como uma forma de descentralização administrativa, fundada sobre o território, PONTES DE MIRANDA, no entanto, chamando a atenção para a originalidade da institucionalização municipal brasileira, ao mesmo tempo que adverte contra os desvios decorrentes da doutrina estrangeira, expressamente marca e repisa o caráter político-jurídico do Município e a natureza política das funções exercidas por essa pessoa jurídica territorial:

"O regime jurídico das edilidades passou a ser original, criação do direito constitucional brasileiro, mercê de certos ensinamentos oriundos da prática imperial, republicana e ditatorial (1930-1934). Um dos grandes benefícios do texto de 1934 foi o de não mais se poderem, a torto e a direito; citar juristas norte americanos, ou, o que era pior, dada a insegurança da autonomia municipal na República Argentina, escritores argentinos. O caráter **político** da função municipal somou mais argumentos às suas provas anteriores e seria absurdo transplantarmos ao Brasil a concepção de só ser administrativa a função municipal, ponto em que têm insistido constitucionalistas da República vizinha. Nem a Constituição dos Estados Unidos da América, nem a da República Argentina asseguraram, como fez a Constituição brasileira de 1891, a autonomia

municipal". (PONTES DE MIRANDA, Comentários à Constituição de 1967, com a Emenda n.º 1, de 1969. 2. ed. São Paulo, RT, 1971. v.2, p.350-1).

Por tudo isso, já afirmou eminente especialista em administração municipal "que o Município brasileiro, apesar das restrições dos últimos cinco anos, é o mais autônomo do mundo". (LORDELLO DE MELLO, Diogo. O Município na Organização Nacional. Rio de Janeiro, Instituto Brasileiro de Administração Municipal, 1971, p. 72-3). Pessoa inrídica territorial, de assento constitucional, exercendo competência originária, é o Município no Brasil, portanto, uma personificação de natureza político-jurídica, que exerce funções conaturalmente políticojurídicas. Vale dizer, tanto quanto a União e os Estados, os Municípios exercem funções eminentemente políticas, daí decorrendo o caráter político das atividades exercidas pelas pessoas colocadas à testa dessas instituições, nomeadamente das chefias do Poder Executivo, que aqui mais de perto nos interessam. São os guias políticos, ou os agentes políticos, ou ainda os condutores políticos "essencialmente todos quantos, isoladamente ou em grupo, exercem o poder de orientar e dirigir as atividades do Estado, dividir a tarefa estatal, determinar funções, ordenar servicos, fixar competências" (CIRNE LIMA, Ruy, op. cit., p. 164). Pela natureza das funções exercidas, a qual deriva dessa dos entes institucionais aos quais inclusive presentam, não podem ser enquadrados os condutores políticos das pessoas jurídicas de existência necessária entre os servidores públicos "stricto sensu". Ao contrário dos funcionários c servidores públicos, que exercem tão-somente funções administrativas, os condutores políticos exercem funções que recebem qualificação política, derivada das instituições que presidem, as quais são por sua natureza políticas.

7. Do ponto de vista da estrutura organizacional do Poder Executivo, na organização administrativa brasileira, o que se constata é a unipessoalidade de chefia, nos três níveis federativos do governo. Assim, o Presidente da República é o chefe unipessoal da administração federal, e do mesmo modo os Governadores e os Prefeitos são os chefes unipessoais das administrações estaduais e municipais, respectivamente. No

ápice das pirâmides administrativas, essas três figuras dirigem, supervisionam e coordenam todas as atividades executivas, atribuídas à sua competência privativa. Qualquer um deles, no entanto, possui auxiliares diretos e imediatos, inclusive objeto de tratamento constitucional. os Ministros de Estado nos artigos 84 e 85 da Constituição Federal, e os Se. cretários de Estado nos artigos 69 a 74 da Constituição Estadual. Alias a Constituição Estadual faz referência aos Secretários Municipais, no s 2.º do artigo 153, exatamente para dispor que "não perderá o mandato" o Vereador que vier a ocupar cargo de Secretário Municipal ou Diretoria equivalente, desde que se afaste do exercício de vereança". Esses auxiliares titulam parcelas do aparelho administrativo público, divididas ou distribuídas segundo o princípio da descentralização administrativa por função, em razão do conteúdo material dessas. (MEIRELLES, Hely Lopes, Direito Administrativo Brasileiro. 2.ed. São Paulo, RT, 1966. p. 41; CIRNE LIMA, Ruy, op. cit., p. 145) Dessa departamentalização governamental, portanto, é que surgiram os Ministérios de Estado, as Secretarias de Estado, e também as Secretarias Municipais ou departamentos equivalentes, com os seus respectivos titulares. A natureza das funções por esses exercida não lhes é dada originariamente, mas por referência aquela função que imediata e diretamente auxiliam: o Presidente da República, o Governador do Estado e o Prefeito Municipal. Se a função que tais agentes políticos exercem é, por definição, de natureza político-administrativa, e se a descentralização administrativa representada pela criação dos Ministérios federais, das Secretarias estaduais e das Secretarias ou Departamentos municipais é especialização das atividades públicas por função, decorre logicamente que as funções desempenhadas pelos titulares dos órgãos surgidos pela departamentalização governamental é também de natureza político-administrativa. Sendo a descentralização, isto é, "a transferência de atribuições em maior ou menor número de órgãos centrais para órgãos locais ou para pessoas físicas ou jurídicas" (ČRETELLA JUNIOR, José, Direito Administrativo 1, São Paulo, Bushatsky, 1973, p. 89) feita por função, não se altera com isso a natureza da função pública exercida.

Verdade é que uma diferença pode ser apontada entre as Che-8. fias de Executivo (Presidente da República, Governadores de Estado e Prefeitos Municipais) e os Ministérios de Estado, as Secretarias de Esta-

RCGE, Porto Alegre, 6(15): 147-162, 1976

do e Departamentos Municipais ou equivalentes. Na estrutura administrativa estatal, são aqueles os órgãos independentes, também chamados Argãos primários do Estado, exatamente porque "originários da Constimicão e representativos dos Poderes de Estado — Legislativo, Executivo e Judiciário — eolocados no ápice da pirâmide governamental, sem gualquer subordinação hierárquica ou funcional, e só sujeitos aos confroles constitucionais de um poder pelo outro" (LOPES MEIRELLES, Helv. "Direito Administrativo Brasileiro". 3.ª ed. São Paulo, RT, 1975. n.49). Já os segundos são órgãos ditos autônomos, localizados na cúpula da Administração, imediatamente abaixo e diretamente subordinados aos titulares dos órgãos independentes, pelo que deles se diz que "participam das decisões governamentais e executam eom autonomia as suas funções específicas, mas, segundo diretrizes dos órgãos independentes, que expressam as opções políticas do Governo". (sublinhei — LOPES MEIRELLES, Hely, Ibid. p.50) Essa diferença assim apontada, no entanto, pela natureza político-jurídica das funções exercidas, decorrente de participação dos órgãos autônomos nas decisões governamentais e nas opções políticas dos órgãos independentes, faz com que os titulares de ambos esses órgãos de igual modo integrem a categoria dos agentes ou condutores políticos. Aliás, já RUY CIRNE LIMA colocava a questão de caber, ou não, relativamente aos Ministros de Estado, a representação do Poder Executivo, respondendo de imediato, com apoio em Al-CIDES CRUZ, que, "do ponto de vista da hierarquia administrativa, no que tange às relações entre os Ministros e os funcionários que lhes são inferiores, nenhuma dúvida existe, porém, de que representam aqueles verdadeiramente o Poder Executivo" (CIRNÉ LIMA, Ruy, ov. cit. p. 158) e que, ademais, embora subordinados ao Presidente da República, são condutores políticos (CIRNE LIMA, Ruy, loc. cit.).

Todas essas conclusões podem ser transpostas, sem qualquer óbice, ao plano municipal. São os Secretários Municipais ou equivalentes órgãos autônomos da administração edilícia, perante o Prefeito, órgão independente, ao qual prestam assistência e auxílio imediato. Participam das decisões governamentais e das opções políticas dos Prefeitos, exercendo dessarte funções de natureza político-administrativa e de representação do Poder Executivo Municipal. Por tudo isso podem, sem hesitação, ser classificados como agentes ou condutores políticos,

como o faz, aliás, o mestre HELY LOPES MEIRELLES (ob. cit. p.50 58), e também CELSO ANTONIO BANDEIRA DE MELLO, expressamente referindo que "a relação que os vincula aos órgãos do poder é de natureza política" (BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Apontamentos sobre os agentes e os órgãos públicos. São Paulo, RT, 1972 $\mathbf{p}.7$

Poderia ser objetado que essas conclusões não poderiam ser 10. universalizadas, tal a diferenca existente entre os milhares de Municipios brasileiros. Mais especificamente ainda, poderia ser dito que, se tais assertivas são absolutamente válidas em relação aos Municípios das Capitais de Estado, ou a esses dos grandes e médios centros urbanos, em especial os integrantes em áreas metropolitanas instituídas ou em formação, não podem ser estendidas, no entanto, ao pequeno Município interiorano, onde o Prefeito é o pobrc síndico de uma comunidade singela. quando não primitiva. MIGÛEL REALE, aliás, com extrema propriedade, em parêcer sobre "impeachment" de prefeito municipal, chama a atenção sobre o perigo da extensão errônea de princípios válidos no or denamento jurídico da União para a área dos Estados e Municípios. "verbis":

> "O apego a soluções uniformes no escalonamento da estrutura federativa, como se os órgãos e as funções públicas tivessem de necessariamente ordenar-se segundo um "principio de simetria", tendo como padrão ou modelo o aplicável na esfera federal, pode ser fonte de ilações que não se ajustam às peculiaridades das províncias e das comunas". (REALE, Miguel. Impeachment de Prefeito Municipal. In: Id. Direito Administrativo: estudos e pareceres: Rio de Janeiro, Forense, 1969. p.197)

> > RCGE, Porto Alegre, 6(15): 147-162, 1976

Apesar do alerta de REALE, e mesmo correndo o risco de incidir na síndrome da simetria, de que nos fala DIOGO LORDELLO DE. MELLO, como um dos sintomas das disfunções patológicas do regime municipal brasileiro (LORDELLO DE MELLO, op. cit. p.28, 45), não me parece que a objeção "in casu" se sustente. O enfoque, que ilumina a natureza político-jurídica das funções exercidas pelos executivos

municipais, pelo Prefeito e por seus Secretários, é institucionar, decorre, em última análise, como se viu, dessa nossa peculiaridade constitucional de ser o Município entidade estatal integrativa da Federação, com autonomia político-administrativa assegurada pela Lei Maior. Não há lugar agui para a introdução de considerações de outra natureza que não a jurídica, tais como a sociológica, ou a demográfica populacional, ou ainda essas de renda tributária ou capacidade financeira. Tentafiva já houve, nesse sentido, acobertada pelo conceito das peculiaridades locais, no artigo 43 da Lei Orgânica dos Municípios do Estado de São Paulo, Decreto-Lei Complementar n.º 9, de 31 de dezembro de 1969, que dispõe sobre a organização dos Municípios: Art. 43 — "Somente será permitida a existência de Secretarias Municipais, nos Municípios com população superior a cento e cinquenta mil habitantes e com receita orcamentária, realizada no exercício anterior, de mais de trinta milhões de cruzeiros novos". Reputamo-la errônea e contra a formalidade institueional, tal como a quis a Carta Magña.

Dessarte conceituadas como de natureza político-administrativa, não podem as funções exercidas pelos Secretários Municipais ou equivalentes serem subsumidas na expressão cargo em comissão, contida no § 5.°, do artigo 104, com a nova redação que lhe foi dada pela Emenda Constitucional n.º 6, de 04 de junho de 1976. A interpretação dessa expressão, no eontexto do parágrafo, onde contrasta a mesma com a ressalva do concurso público, para aceitação de função ou emprego, está a demonstrar que o legislador constituinte estava a pensar no cargo em comissão de que nos fala o § 2.º, do artigo 97, da Carta Magna, para cuja nomeação também se prescindo de concurso. O que o § 5.º do artigo 104 da Constituição da República quer dizer, transposta a regra de sua forma proibitiva para essa preceptiva, é que o vereador, no âmbito da administração pública direta ou indireta municipal, somente pode ocupar cargo público ou aceitar emprego ou função, aos quais tenha adquirido direito pela aprovação prévia em concurso público. A nomeacão para cargos em comissão, declarados em lei, de livre nomeação o exoneração, onde se prescinde de concurso público, por expressa disposição constitucional, ou a aceitação de emprego ou função, não precedida de aprovação em concurso público, na forma da lei, estão absolutamente vedadas ao Vereador, no âmbito da administração direta ou indireta

municipal, sob pena de extinção de seu mandato, nos termos do artigo 8.º, IV, do Decreto-Lei n.º 201, de 27 de fevereiro de 1967.

Se tanto ainda não fosse suficiente, bastaria atentar-se para o 13. contexto ao qual se encontra a regra de vedação em tela. Trata-se de um parágrafo do artigo 104 da Carta Magna, artigo esse que busca disciplinar a situação do servidor público federal, estadual ou municipal. da administração direta ou indireta, que venha a ocupar mandato eletivo o parágrafo 5.º em referência intenciona o Vereador, que já era ou que se queira tornar, ou ainda que se torne servidor público municipal, pela ocupação de eargo em comissão, ou pela aceitação posterior de emprego ou função, sem concurso público, no âmbito da administração direta on indireta do Município. Encontra-se o referido dispositivo constitucional, artigo e parágrafo em questão, inserido na Seção VIII do Capítulo VII do Título I da Carta Magna, expressamente dedieado aos funcionários públicos. Ora, já se viu acima que os Secretários Municipais ou equivalentes não são agentes administrativos, mas sim agentes políticos. não se podem enquadrar entre os funcionários ou os servidores públicos. porque são condutores políticos. A eles não se aplicam, portanto, os dispositivos especificamente dirigidos aos funcionários e servidores públicos, que exercam funções meramente administrativas. A extensão do dispositivo, para que também abrangesse na expressão "cargos em comissão" os agentes políticos, na hipótese específica os Secretários Municipais ou equivalentes, implicaria em restrição incompatível com o texto eonstitueional, e por certo não desejada pelo legislador constituinte, que, ao quanto se sabe, buscava exatamente viabilizar uma maior participação política dos servidores públicos em geral. E não se diga que a Constituição deve ser entendida restritivamente. "Só se tem de adotar critério de interpretação restritiva quando haja, na própria regra ou noura, outro interesse que passe à frente. Por isso, é erro dizer-se que as regras constitucionais se interpretam sempre com restrição. De regra, o procedimento do intérprete obedece a outras sugestões, e é acertado que se formule do seguinte modo: se há mais de uma interpretação da mesma regra jurídica inserta na Constituição, tem de preferir-se aquela que lhe insufle a mais ampla extensão jurídica; e o mesmo vale dizer-se quando há mais de uma interpretação de que sejam suscetíveis duas ou mais regras consideradas em conjunto, ou de que seja suscetível proposição extraída, segundo os princípios, de duas ou mais regras. A restrição é excepcional". (PONTES DE MIRANDA, op. cit., vol. I, p.302) (grifei)

- Não altera as conclusões expostas o procedimento corrente de serem os auxiliares diretos e imediatos dos Prefeitos Municipais, em muitas comunas, nomeados para eargos em comissão, os quais inclusive levam a denominação de Secretário Municipal ou de Chefe de Departamento. O fato de serem os cargos em questão eriados por lei na estrutura administrativa municipal, como os seus postos burocráticos mais excelsos, não altera a natureza político-jurídica das funções exercidas. E, por isso mesmo, ainda quando nomeado para eargo em comissão não se torna dessarte em servidor público o Secretário ou Chefe de Departamento Municipal, mas permanece sempre como agente político. Forçoso é se entender que o cargo em eomissão, para o qual é nomeado pelo Prefeito, não lhe define como administrativas as funções exercidas, mas tão-somente serve como critério de fixação de um padrão remuneratório qualquer a esses agentes políticos.
- De outra parte, em nada briga o § 5.º, do artigo 104, da Constituição Federal, em sua nova redação, com o § 2.º, do artigo 153, da Constituição Estadual, ao se dispor ali que "não perderá o mandato o Vereador que vier a ocupar eargo de Seeretário Municipal ou Diretoria equivalente, desde que se afaste do exercício da vereança". Bem pelo contrário, o transcrito § 2.º, do artigo 153, da Constituição do Estado é perfeitamente coerente com a Emenda Constitucional n.º 6, de 04 de junho de 1976, e ainda dá atendimento ao paradigma federal. Assim como a Constituição Federal, no seu artigo 36 (Art. 36 — "Não perde o mandato o Deputado ou Senador investido na função de Ministro de Estado, Secretário de Estado ou Prefeito da Capital"), prevê exceção semelhante para os Senadores e Deputados federais, a Constituição Estadual dispôs de forma análoga quanto aos seus Deputados estaduais (Art. 20 — "Ñão perderá o mandato o Deputado investido na função de Ministro ou Secretário de Estado, Interventor Federal ou Prefeito da Capital"). Ademais, porque lhe eompete constitucionalmente estabelecer as linhas mestras da organização municipal no Rio Grande do Sul, estabeleceu também a Constituição Estadual o acima transcrito § 2.º do artigo 153. Pre-

ceito absolutamente correto, aliás, na medida em que atende à politica dade inerente às funções exercidas pelos Secretários Municipais ou Dires torias equivalentes, e a classificação desses agentes públicos entre es condutores políticos, e não entre os funcionários ou servidores públicos. Observe-se, por fim, que a questão ora versada no presente expediente, a partir da edição da Emenda Constitucional n.º 6, de 04 de julho de 1976, já existia no texto constitucional estadual, no artigo 153, I, b e II, c, nos mesmos termos em que hoje está vazada a norma do § 5.º do artigo 104 da Carta Magna. Na interpretação daquelas regras se manifestou diversas vezes esta Consultoria-Geral, sempre no sentido de que ao vereador é vedado o exercício de cargo em comissão, ou ainda emprego municipal, sob regime da Consolidação das Leis do Trabalho. Como exemplificação bastante, consultem-se os pareceres n.º 2314/CGE, de 13 de março de 1973, n.º 2199/CGE, de 24 de outubro de 1972. (Revista da Consultoria-Geral do Estado do Rio Grande do Sul, Porto Alegre 3 (5):119-26; 204-08,1973), n.º 2332/CGE, de 16 de abril de 1973, acompanhado de oficio do Senhor Consultor-Geral. (RCGERS, Porto Alegre. 3 (6):172-80, 1973) e n.º 2329/CGE, de 12 de abril de 1973 (RCGERS. Porto Alegre, 3 (7): 147-49, 1973), também acompanhado de ofício do Senhor Consultor-Geral, sob n.º 225/73, e ainda os pareceres n.º 1171/ UAJ, de 4 de fevereiro de 1971, e n.º 1966, com oficio do Senhor Consultor-Geral, sob n.º 1052/71, de 7 de dezembro de 1971, todos desta Casa.

16. Como decorrência direta de tudo o que foi antes exposto, é necessário se concluir que a titulação de quaisquer outros órgãos, que não os independentes e os autônomos, desde que por provimento em comissão, esbarra na vedação do § 5.º, do artigo 104, da Constituição da República, por mais elevados que sejam, na estrutura administrativa. Do mesmo modo, também são aleançados pela incidência proibitiva do parágrafo e artigo sempre em referência a ocupação de cargo, mediante comissão, ou de emprego ou função, sem concurso público, em entidade da administração indireta, que recebe a sua personificação jurídica, pública ou privada, a partir de descentralização administrativa, a qualquer título. Os dirigentes de autarquias, empresas públicas, sociedades de economia mista ou fundações instituídas pelo Poder Público, ainda quando subordinados diretamente ao Chefe do Poder Executivo, não participam mais da natureza político-administrativa das funções exercidas por

esse. Suas funções são meramente administrativas, de gestão e execução de serviços públicos, que, ao se descentralizarem, foram "ipso facto" personificados. Não se podem elassificar a esses dirigentes, no âmbito de administração indireta, como condutores políticos, sob pena de encontrarmos agentes públicos dessa ordem à testa de entidades surgidas sob a égide do direito civil e comercial. A descentralização, acompanhada de personificação, mesmo de direito público, como a autárquica, não poderia importar em que entidade contingente, distinta da União, dos Estados e dos Municípios, viesse a exercer atividade de natureza política, por outorga ou delegação de execução. As funções políticas, ao contrário das funções administrativas, são intransmissíveis e indelegáveis, e por definição cabem às pessoas jurídicas territoriais, de existência necessária, como exercício de competência originária (CIRNE LIMA, Ruy, op. cit. p. 150-1).

17. De outra parte, quanto a serem em comissão ou de eonfiança os cargos diretivos das entidades de administração indireta, mesmo quando a lei que os criou não os declare tais de modo expresso, é orientação desta Consultoria-Geral, através dos Pareceres n.º 73/USE, de 11 de janeiro de 1971 (RCGERS, Porto Alegre, 2(2): 95-103, 1972) e n.º 2131/CGE, de 3 de julho de 1972 (RCGERS, Porto Alegre, 2(4): 265-82, 1972), este último da lavra do eminente Consultor-Geral à época, doutor ORLANDO GIRALDI VANIN. Ainda que em ambas as consultas se trate de autarquias estaduais, o Departamento de Loteria do Estado e a Caixa Econômica Estadual, respectivamente, de modo irretorquível aí se soluciona a questão de natureza jurídica dos cargos de direção nas entidades de administração indireta, nos termos da seguinte lição, colhida no primeiro dos pareceres citados, de autoria do ilustre Consultor Jurídico IVALINO JOÃO BORTOLAN, "verbis":

"4. Poder-se-ia argumentar, louvando-se nas normas constitucionais transcritas, de que os cargos de direção do Departamento da Loteria do Estado não são em comissão, porque a lei que os criou não os declarou tais de modo expresso.

Partir-se-ia, na espécie, de uma aparente omissão legislativa, para se negar o conteúdo de toda a norma que criou os cargos hierarquicamente superiores na Loteria Estadual.

A omissão aparente de um termo, "data venia", não é suficiente para descaracterizar um posto de chefia nitidamente criado em lei, com funções de hierarquia superior estadual bem definidas, pressupostos essenciais do cargo em comissão.

Aplicados tais princípios ao problema, percebe-se que os cargos de Diretor-Presidente e de Diretor do Departamento da Loteria do Estado possuem conteúdo, atribuições e forma típicos dos cargos em comissão, eis que são de livre nomeação e exoneração do Governador do Estado, e se destinam a postos de chefia da Administração Estadual. Muito embora a lei não dissesse, no ato de criação, que eram cargos em comissão, a própria lei que os criou lhes deu todas as feições tais e, por isso mesmo, são cargos em comissão.

.....

5. A "contrario sensu" chegar-se-ia à mesma conclusão: não se trata de cargo de provimento efetivo porque a lei que o criou não exigiu concurso público para seu provimento; não se caracteriza como condutor político não só pelo fato de não possuir funções políticas, mas sim industriais ou comerciais, mas, ainda, porque nessa hipótese não teria aplicação o art. 177, § 2.º, da Constituição do Brasil de 1967, prodigalizador da estabilidade excepcional". (RCGERGS, Porto Alegre, 2 (2):100-1, 1972)

18. De todo o exposto, entendo:

a) que os Municípios, tanto quanto a União e os Estados, são pessoas jurídicas territoriais, integrantes do sistema federativo brasilei-

ro, por disposição eonstitucional, exercendo por isso mesmo, como con teúdo de sua autonomia, competência originária e funções de naturez político-administrativa;

- b) que, em decorrência disso, os Prefeitos Municipais desem penham funções também de natureza político-administrativa, enquanto órgãos independentes na estrutura administrativa municipal, qualificados, portanto, como agentes ou condutores políticos;
- c) que os Secretários Municipais, Diretores Departamentais do Município ou equivalentes, auxiliares diretos e imediatos dos Prefcitos Municipais, enquanto órgãos autônomos na estrutura administrativa municipal, exercem também funções de natureza político-administrativa, qualificados-igualmente como agentes ou condutores políticos;
- d) que, por isso mesmo, o exercício das funções de Secretário Municipal, Diretor de Departamento do Município ou equivalente, visto não serem essas funções, por sua natureza, subsumidas no conceito de cargo em comissão, referenciado tão-só a funções administrativas, continua permitido aos Vereadores, nos termos do § 5.º, do art. 104, da Constituição Federal, com a redação que lhe foi dada pela Emenda Constituição foi de 04 de junho de 1976, e ainda do § 2.º, do artigo 153, da Constituição do Estado, que permanece em pleno vigor;
- e) que a ocupação de quaisquer cargos em comissão ou de confiança, ou a aceitação de emprego ou função, não mediados por concurso público, no âmbito da administração pública direta ou indireta municipal, inclusive os cargos de direção em autarquia, empresa pública, sociedade de economia mista ou fundação instituída pelo Município, nos termos do referido § 5.º, do artigo 104, da Constituição Federal, e ainda do artigo 153, I, be II, e, da Constituição do Estado, estão absolutamente vedados aos vereadores; sob pena de extinção do mandato, a teor do artigo 8.º, IV, do Decreto-Lei n.º 201, de 27 de fevereiro de 1967;
- f) que, em conclusão, respondendo a consulta objeto do presente expediente, nada impede juridicamente que o Diretor do Departa-

mento eontinue exercendo as funções de Secretário Municipal, desde que se mantenha afastado do exercício da vereança, em licenciamento regular de seu mandato legislativo.

É o parecer.

Porto Alegre, 13 de agosto de 1976.

FALSIDADE DOCUMENTAL ENSEJA DEMISSÃO QUALIFICADA

JOAO SOARES CARRICONDE Consultor Jurídico do Estado do Rio Grande do Sul

PARECER CGE N.º 3404

Funcionário policial convencido da prática de falsidade documental. Demissão qualificada, com fundamento no art. 218, inciso II, da Lei n.º 1751/52.

Vem, para exame e parecer da Segunda Turma da Equipe de Revisão da Unidade de Processo Administrativo-Disciplinar da Consultoria-Geral do Estado, nos termos do art. 1.º, VI, do Decreto n.º 23.529, de 29-11-74, o Processo Administrativo-Disciplinar instaurado contra funcionário policial, Investigador de Polícia de 1.ª Classe, padrão 3, pela Portaria n.º 8/76 do Conselho Superior de Polícia.

- 2. O indiciado, funcionário da Secretaria da Segurança Pública, inscreveu-se no Curso de Formação de Inspetor e Eserivão de Polícia (recrutamento interno), da Escola de Polícia, para o qual era exigida prova de conclusão do Curso Secundário de 1.º Ciclo. Para fazer tal prova, o indiciado instruiu seu pedido de inscrição com Certificado de Aprovação em Exames Supletivos de 2.º Grau, em três disciplinas.
- 3. Alguns meses depois de ter-se inscrito no Curso, foi-lhe exigida a apresentação da Ficha Modelo 18 relativa ao Curso de 1.º Grau. Cumprindo a exigência, o indiciado apresentou cópia fotostática de uma Ficha Modelo 18 fornecida pelo Colégio Cruzeiro do Sul, constando dela ter o indiciado eoncluído o Curso Ginasial naquele estabelecimento, no ano de 1955.

- 4. Como o documento apresentado contivesse rasuras, a Direção da Escola de Polícia oficiou ao Colégio Cruzeiro do Sul, pedindo confirmação de sua autenticidade. Em resposta, o Colégio informou que o indiciado freqüentara a primeira série ginasial naquele estabelecimento, no ano letivo de 1952, mas não concluíra o curso.
- 5. Ouvido em sindicância instaurada para esclarecer o fato, o indiciado confessou que alterara a Ficha Modelo 18 autêntica, fornecida pelo Colégio Cruzeiro do Sul a outra pessoa e substituíra os dados pessoais do aluno pelos seus.

Instaurado Processo Administrativo-Disciplinar, que tramitou regularmente, o indiciado confirmou sua confissão, assumindo integral responsabilidade pela falsificação e recusou-se a informar quem lhe fornecera a Ficha Modelo 18 que utilizou.

- 6. Encerrado o processo, em que foram respeitados os preceitos legais e assegurado ao indiciado o direito de defesa, o Conselho Superior de Polícia concluiu propondo, por unanimidade, que ao indiciado fosse aplicada a pena de demissão a bem do serviço público, com fundamento nos arts. 24, inciso VIII e 54, da Lei n.º 6.194/71, como incurso no art. 22, inciso XXXIII, combinado com o art. 32, inciso V e § 4.º, da mesma Lei, e com os arts. 218, inciso II, da Lei n.º 1.751/52 e 297 do Código PenaI.
- 7. Não há nulidades.
- 8. Concordamos com as conclusões do Conselho Superior de Polícia, no que diz respeito à prática do crime de falsidade documental, que está plenamente provada.
- 9. O documento alterado e utilizado pelo indiciado não está em original no processo. Encontra-se às fls. 11 e 12 uma cópia fotostática imprestável para nela se verificar a adulteração do original, e não consta que se tenha procedido a exame pericial do mesmo.

- 10. Entretanto, está provado, pela deelaração não contestada do estabelecimento de ensino emitente da Ficha Modelo 18, que o indiciado não completou o Curso Ginasial naquele Colégio, sendo portanto falso o documento que exibiu; e o indiciado confessou ter adulterado uma ficha autêntica fornecida a outro aluno, substituindo o nome e qualificativos deste pelos seus.
- 11. A defesa não contesta o fato da falsificação; apenas alega que o indiciado, quando fez a sua inscrição para o Curso na Escola de Policia, "não estava no exercício de suas funções de policial, mas de um cidadão comum". (sic) Alega, ainda, que não teve intenção de obter vantagem pessoal, pois já estava inscrito no Curso. Finalmente, diz que não cometeu nenhuma transgressão como policial no exercício de suas funções e que nenhuma punição lhe cabe.
- As alegações da defesa não procedem. O delito de falsidade documental, em suas várias modalidades, constitui crime contra a fé pública, capitulado no inciso II do art. 218, da Lei n.º 1.751/52, como transgressão disciplinar, passível da pena de demissão com a cláusula "a bem do serviço público". Para a caracterização da falta disciplinar, não é necessário que o funcionário tenha se valido do cargo para a prática do delito. Basta que se prove que o funcionário falsificou documento público ou particular, ou alteron documento verdadeiro, ou fez uso de documento falsificado ou alterado, para incidir na transgressão disciplinar prevista no citado dispositivo estatutário.
- 13. Também, não há dúvida que a autoridade administrativa tem competência para aplicar pena disciplinar nos casos previstos no art. 218, inciso II, do Estatuto, mediante Processo Administrativo-Disciplinar regular, independente de pronunciamento de autoridade judicial em processo criminal.
- 14. É pacífica a jurisprudência, tanto administrativa como judicial, no sentido de que as instâncias penal e administrativa possuem âmbito próprio; sem mútua dependência, como regra geral. Tem-se constantemente decidido que a decisão absolutória, proferida em processo-crimi-

nal, somente exerce influência sobre o ato administrativo, quando declara o fato inexistente ou afirma não ter sido seu autor o funcionario acusado.

- Assim, eomprovado o fato ilícito e determinada a sua autoria 15. pode a autoridade administrativa aplicar a penalidade disciplinar cabivel no caso, independente de pronunciamento judicial. Portanto, quando a lei estipula que determinado fato definido como ilícito penal eonstitui também, infração administrativa deve-se, em processo administrativodisciplinar, apurar se o fato está caracterizado e aplicar ao seu autor a penalidade adequada. Tal ato não constitui invasão da competência do juízo criminal, porquanto a este não compete a aplicação de penas administrativas.
- Em acórdão do Egrégio Tribunal de Justica do Estado, proferi-16. do na Apelação Civel n.º 22.250, de Porto Alegre, examinando a validade de decisão administrativa que aplicou pena expulsiva com base no inciso II do art. 218 do Estatuto, assim se pronunciou o Desembargador-Relator, com apoio unânime da Câmara:
 - "A administração tem um âmbito de atuação distinto da esfera penal. É a ela irrelevante se foi instaurada ação penal, se ele (o funcionário) foi ou não condenado. O fato delinido constituiria crime. Como constituiria crime, o estatuto receptivamente estabelece como ilicito administrativo. E, se constitui ilícito administrativo, dá margem ao processo administrativo".

RCGE, Porto Alegre, 6(15): 163-168, 1976

17 Por outro lado, o Estatuto, no inciso XI do mesmo art. 218. manda aplicar a pena expulsiva ao funcionário que "for condenado pela prática de crime a que seja cominada a pena de reelusão". Regula, ai, os casos em que a pena de demissão deve ser aplicada em função de condenação criminal. Se, para a aplicação da penalidade nos casos previstos no inciso II, também fosse necessário aguardar a condenação criminal, então este dispositivo legal seria redundante e absolutamente desnecessário.

Ora, é princípio de hermenêutica jurídica que não se presu-18. mem, na lei, palavras inúteis. Já ensinava o eminente CARLOS MAXI-MILIANO:

> "Dá-se valor a todos os vocábulos e, principalmente, a todas as frases, para achar o verdadeiro sentido de um texto; porque este deve ser entendido de modo que tenham efeito todas as suas provisões, nenhuma parte resulte inoperativa ou supérflua, nula ou sem significação alguma". (Hermenêutica e Aplicação do Direito, n.º 307)

- 19. Assim, eonsoante interpretação dominante, a referência "praticar crime" contida no inciso II do art. 218 citado, deve ser interpretada como praticar ato definido como crime, independente de ter sido ou não declarado tal por sentença proferida em processo criminal.
- 20. Não resta, pois, a menor dúvida que, quando o funcionário é acusado da prática de atos que constituem crime de espécie mencionada no inciso legal citado, cabe às autoridades administrativas, em processo regular, examinar a procedência da acusação e aplicar a pena administrativa que eorresponder, tenha ou não havido procedimento judicial para apurar a responsabilidade criminal do mesmo.
- 21. Entendemos, pois, que, estando provado que o denunciado praticou atos que earacterizam erime contra a fé pública, deve-lhe ser aplicada a pena proposta pelo Conselho Superior de Polícia, eom amparo no art. 218, inciso ÎI, da Lei n.º 1.751/52. Entendemos, outrossim, que não está caráeterizada a falta prevista no art. 22, inciso XXXIII da Lei n.º 6.194/71
- **22**. EM FACE DO EXPOSTO, os integrantes desta Segunda Turma, por unanimidade, são de parecer que o indiciado, Investigador de Polícia de 1.ª Classe, padrão 3, da Secretaria da Segurança Pública, deve ser demitido a bem do servico público, com fundamento no art. 218, inciso II, da Lei n.º 1.751/52, combinado com o art. 32, § 4.º da Lei n.º 6.194/71.

Porto Alegre, 15 de setembro de 1976.

VIGÊNCIA DE ORÇAMENTO NÃO APROVADO PELA CÂMARA MUNICIPAL

MARIO NUNES SOARES Consultor Jurídico do Estado do Rio Grande do Sul

PARECER CGE N.º 2464

Não aprovado pela Câmara no prazo constitucional, opera-se a sanção do projeto de orçamento pelo Chefe do Executivo. Inteligência do art. 66 da Constituição Federal, que tem aplicabilidade na órbita municipal.

Câmara Municipal vem a esta Casa em busca de solução para questão já examinada em estágio anterior e cuja evolução para a sua fisionomia atual não deveu-se à orientação então sugerida.

A consulta está em ofício, do qual se extrai:

"Por decisão da maioria da Câmara Municipal, foi rejeitado o projeto de Lei Orçamentária no qual se acham incluídas duas secretarias não criadas, com dotação orçamentária correspondente. A Câmara Municipal através de ofício comunicou ao Chefe do Poder Executivo da decisão tomada. Este promulgou a lei trazendo a esta Casa as seguintes dúvidas:

- a) Quais as consequências dessa promulgação com referência aos serviços não criados?
- b) Que medidas poderá tomar esta Casa face a situação criada"?

É o relatório.

2. O fato da inexistência de aprovação do orçamento é matéria que mereceu modificação no tratamento constitucional.

Com efeito, pelo regime constitucional de 1946 era entendimento assente que nos casos de rejeição global vigorava o orçamento do ano anterior, com fundamento na regra do art. 74 daquela Constituição, que tal previa expressamente para os casos de não ser enviado o orçamento à sanção do Executivo em prazo certo, solução que se estendeu à hipótese de rejeição global do projeto por esse Poder.

O texto constitucional atualmente em vigor, por fruto da Emenda n.º 1, editada em 1969, não se pauta pela mesma solução, ficando acorde com a modificação introduzida na matéria pela Carta de 1967, embora pequenas diferenças.

O estatuído em 1967 era:

"Art. 68 — O projeto de lei orçamentária anual será enviado pelo Presidente da República à Câmara dos Deputados até cinco meses antes do início do exercício financeiro seguinte; se dentro do prazo de quatro meses, a contar de seu rebebimento, o Poder Legislativo não o devolver para sanção, será promulgado como lei". (grifei)

A Emenda n.º 1, de 1969, reeditou o preceito:

"Art. 66 — O projeto de lei orçamentária anual será enviado pelo Presidente da República ao Congresso Nacional, para votação conjunta das duas Casas, até quatro meses antes do início do exercício financeiro seguinte; se, até trinta dias antes do encerramento do exercício financeiro, o **Poder Legislativo** não o devolver para sanção, será promulgado como lei". (grifei)

Lomo se depreende da uteralidade dos textos constitucionais, houve diverso tratamento da matéria, dando-se, agora, à vigência o texto não apreciado em prazo certo pelo Legislativo, em lugar de prorrogarse o vigorante.

3. A prorrogação da vigência do orçamento em curso acontecia, sob o regime de 1946, apenas no caso de não aprovação em prazo certo? Não só, pois também tinha lugar em face aos casos de rejeição conforme rememora o Supremo Tribunal Federal, ao aludir:

"Ora, jamais houve dúvida, quando vigentes as Constituições de 1934 e de 1946, de que a expressão "se o orçamento não tiver sido enviado à "sanção até 30 de novembro" compreendia, para o efeito de prorrogar-se a lei orçamentária vigente, tanto a hipótese de a falta do envio decorrer da não apreciação do projeto dentro do prazo, quanto de resultar da rejeição, pelo poder legislativo, da proposta orçamentária que lhe fora a presentada". (in "Revista de Direito Administrativo", vol. 112, p. 265)

Até aqui apropria-se o entendimento segundo o qual sob a Constituição de 1946,

- a) decorrendo "in albis" o prazo de aprovação pelo Legislativo do projeto de lei orçamentária, ou
- b) rejeitando-o aquele órgão, ocorria a pura e simples prorrogação do orçamento em vigor para vigir no exercício subseqüente.
- 4. Modernamente alterou-se o sistema no que diz respeito a qual instrumento passará a vigorar, mas, sem dúvida, restando sempre inaceitável a possibilidade de que não exista o orçamento, que é irredutível, posto que instrumento da administração de existência necessária.

De fato, um breve exame da natureza do orçamento leva a algumas conclusões que concorrem para a dilucidação da espécie presente.

Segundo o entender predominante da doutrina constitui-se o orçamento em ato condição, cuja edição faz-se através de lei em sentido formal, a qual não tem a virtude de desnaturar-lhe a configuração de ato administrativo.

Diz, a respeito, CARVALHO DE MENDONCA, citado no ensinamento de ALBERTO DEODATO:

> "Os atos orçamentários não têm as condições de generalidade, constância ou permanência que dão cunho à verdadeira lei; não encerram declaração de direito; não são mais do que medidas administrativas tomadas com a intervenção do aparelho legislativo". (in "Manual de Ciências das Finanças", p. 285, 5.ª ed.)

Ato condição, dele é que emerge a viabilidade de compor-se a receita e realizar-se a despesa, motivo pelo qual é de existência necessária, indispensável para o funcionamento da administração.

5. Visto como a atual Constituição não estatuiu expressamente a respeito da hipótese de rejeição global pelo legislativo, igual ao que ocorrera com o regime de 1946, é imperioso buscar-se solução que preencha a lacuna.

Ao propósito, há pronunciamento do Supremo Tribunal Federal que decide por aplicar à hipótese a mesma solução preconizada para o caso de ausência de pronunciamento do legislativo: a sanção do projeto.

Põe-se de acordo com a linha de interpretação do regime anterior que celebrava igual mecanismo de aplicação constitucional, não deixando em branco o provimento administrativo, de existência neces sária, ou seja, oferece a solução então prescrita para hipótese de não apreciação pelo legislativo.

Em suma: enquanto que, à época, dava-se à vigência o orçamento anterior quando rejeitado o projeto, por equivaler a rejeição à

não apreciação, agora sanciona-se o projeto por igualmente equivaler a rejeição à não apreciação, e tendo em vista que esta, afinal, é, presentemente, a solução preceituada para a hipótese da não apreciação.

Assim pronunciou-se a Suprema Corte pelo voto do Senhor Ministro THOMPSON FLORES, que acolheu como razões de decidir, Parecer do Procurador-Geral da República, Professor JOSÉ CARLOS MO-REIRA ALVES:

> "Toda a argumentação no sentido de que o Legislativo tem a faculdade de rejeitar proposta da lei, ou de que a impossibilidade da rejeição implicaria a desnecessidade de votação a que alude o próprio art. 66. caput, da Constituição Federal, ou, enfim, de que há violação do art. 1.º da Emenda Constitucional n.º 1, que declara que o "Brasil é uma República Federativa constituída, sob o regime representativo", cede em face destas ponderações que se lêem no acórdão da Sexta Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, o qual se encontra a fls. dos autos da representação: "As Constituições Federais anteriores à de 1967 dispunham que, não enviado à sanção o orçamento até o prazo marcado, prorrogar-se-ia o orcamento ém vigor. Contudo, as novas Constituições, a partir da de 1967, de maneira diversa dispuseram, ao prescreverem, respectivamente nos arts. 60 e 66, que não devolvido o projeto de lei orçamentária, no prazo marcado, para sanção, será o mesmo promulgado como lei. Evidente é a modificação da sistemática constitucional, no tocante a elaboração orcamentária. As anteriores Constituições tinham como objetivo, claro, restringir os poderes do Executivo. A atual Constituição, bem como a imediatamente anterior, evidentemente consubstanciaram regra tendente a coibir abusos do Legislativo, representados pela oposição à proposta do Executivo e com o intuito de lhe causar embaraços. Não constitui novidade dizer-se que as duas últimas Constituições tiveram como objetivo o fortalecimento do Poder Executivo.

RCGE, Porto Alegre, 6(15): 169-176, 1976

Dessa forma, embora o Legislativo tenha como prerrogativa examinar o orçamento proposto, sem dúvida que não pode rejeitá-lo para impor a prorrogação do vigente à data da proposta. A isso se opõe o preceito constitucional. Pode o Legislativo emendar a proposta, dentro das limitações previstas nos §§ do art. 66 da vigente Constituição; mas não pode rejeitar a proposta pura e simplesmente.

"Deve devolvê-la, emendada, para a sanção, pena de não o fazendo, o Executivo promulgá-la, como lei orçamentária" ("Revista de Direito Público", n.º 21, p. 204 — grifei)

Alinha, a seguir, o honorável acórdão, uma série de argumentos que fundamenta a tese da aprovação pura e simples do projeto proposto pelo Executivo, onde se inclui a opinião autorizada de Pontes de Miranda.

Esse aresto foi proferido em Representação contra dispositivo da Constituição do Estado de S. Paulo que pretendeu inserir regra prevendo a prorrogação, e que, portanto, desviou-se da normatividade constitucional, essa com incidência que se utiliza da interpretação analógica e bastante assim para exaurir a matéria, sem concurso de competência suplementar estadual, ostentando-se o caráter uniforme reconhecido para a elaboração da "lei de meios" em todas as esferas, inclusive a municipal.

- 6. Posto isto, e em conclusão, somos de parecer que passa a vigorar o orçamento proposto mediante a sanção do Chefe do Executivo, fato levado a efeito na municipalidade consulente e que não merece censura.
- 7. Gerou-se dúvida, ainda, por decorrência da sanção pelo Executivo do orçamento proposto, no que tange a ter sido dotada verba para uma previsão de despesa eom os serviços de Secretaria Municipal, ainda não criada em lei.

Tendo em vista advertência anterior desta Casa, convém esclarecer, desde logo, no que diz respeito à criação da Secretaria, que esta não operou-se por efeito da sanção do orçamento pelo Executivo.

Com efeito, a matéria orçamentária, exclusivamente, é que é apreciada e alcança a aprovação por via da sanção do Executivo.

Assim, dispõe o art. 60, da Constituição Federal:

"A despesa pública obedecerá a lei orçamentária anual, que não conterá dispositivo estranho à fixação da despesa e à previsão da receita".

As exceções que, a seguir, estatui não abrangem a geração de serviços.

Sem contestação, a sanção do projeto orçamentário incidiu apenas sobre a matéria que lhe corresponde, sendo certo que o caráter de ato administrativo que lhe é próprio, embora sujeito à lei formal, não eonfere-lhe a virtude de empreender a criação de um serviço que reclama lei em sentido material.

8. Não vislumbramos qualquer medida que pudesse tomar a Câmara Municipal.

Subtraída da faeuldade de iniciativa em matéria financeira, assistiu à sanção, pelo Executivo, do orçamento proposto como resultado de furtar-se ao poder de emendar em tempo hábil; verifica, agora, a vigência do orçamento por força da sanção, e sob a responsabilidade, de caráter político-administrativo, do Prefeito. Resta-lhe hoje a vigilância que decorre do poder de controle sobre a realização da despesa; em verificando que a aludida dotação não tem oportunidade de realizar-se como despesa, posto que inexistente o seu objeto, cabe-lhe suscitar a responsabilidade do Senhor Prefeito, nos termos do Decreto-Lei n.º 201, de 27 de feyereiro de 1967.

É o parecer, salvo melhor juízo.

Porto Alegre, 18 de dezembro de 1973.

CONCESSÃO DE SERVIÇO PÚBLICO CONVERTIDA EM PERMISSÃO

MARILIA DE OLIVEIRA AZEVEDO Consultor Jurídico do Estado do Rio Grande do Sul

PARECER CGE N.º 3263

Concessão de Serviço Público sem autorização do Legislativo é ineficaz.

Aproveitamento dos elementos válidos do ato.

Instituição de permissão de serviço público através de Decreto.

O Senhor Prefeito solicita a esta Consultoria-Geral orientação jurídica sobre a questão que a seguir passamos a expor.

Foi efetuada uma licitação com a finalidade de firmar um contrato de Concessão de Serviço Público para a implantação, exploração e manutenção de um cemitério (tipo parque) na cidade.

Após os trâmites administrativos normais, o serviço foi adjudicado à firma vencedora da licitação, tendo o Senhor Prefeito assinado, juntamente com o representante da mesma, o respectivo contrato de concessão, sem, contudo, solicitar a prévia autorização da Câmara de Vereadores. Constatado o lapso, o Chefe do Executivo tentou sanar a ilegalidade, buscando a devida autorização a posteriori, não tendo conseguido.

Uma vez assinado o contrato, a firma iniciou os trabalhos, tendo já investido uma determinada quantia no empreendimento.

Questiona agora o consulente:

"Face ao impasse criado, com possível ônus de indenização por reseisão unilateral de contrato, o Executivo solicita dessa Consultoria-Geral do Estado parecer sobre a possibilidade de, no caso concreto, outorgar os serviços mediante permissão, a teor do artigo 116 da Lei Orgânica do Município, em vez da concessão intentada, desde que a empresa a quem foram adjudicados os serviços, concorda com a permissão". (sie)

Constam do expediente parecer do Consultor Jurídico do Município, bem como um ofício da firma interessada, em que se manifesta favoravelmente à permissão.

É o relatório.

2. A questão que se eoloca em exame, desta Casa, diz respeito à possibilidade de transformar o contrato administrativo de coneessão de serviço público em uma simples permissão.

Doutrinariamente, a grande diferença entre concessão e permissão está no grau de discricionariedade desta última. Enquanto a concessão é contrato bilateral e necessita de abertura de licitação e de autorização legislativa, inclusive para modificar as cláusulas, a permissão é ato administrativo em que o Poder Público, através de um decreto faculta "... a realização de uma atividade de interesse eoncorrente do Poder Público, do permissionário e do público que vai utilizar a atividade permitida". (HELY LOPES MEIRELLES, "Direito Administrativo Brasileiro", ed. 1966, p. 196)

No que se refere à finalidade pública visada, bem como à fiscalização e execução do serviço que se busca, a concessão e permissão não diferem muito. Diversamente, no tocante aos efeitos gerados, tratandose de permissão, a Administração poderá revogar a qualquer tempo, enquanto que, na concessão, os direitos decorrem de um contrato bilateral, com cláusulas específicas e por tempo determinado. 3. Analisando a situação especifica ora em exame, onde se verifica a existência de ato inefieaz, por falta de autorização legislativa, e, ante a impossibilidade de sanar a irregularidade, afigura-se-nos viável aproveitar os elementos válidos do ato já existente para formar um novo ato através da figura jurídica da conversão.

Pelo magistério translúcido de JOSÉ CRETELLA JÚNIOR, se verifica que,

"... diferentemente do que ocorre na reforma, quando se conserva a figura jurídica do ato, pela **conversão** desfigura-se o ato, porque com as peças aproveitáveis se procede a nova estruturação, que assegura direitos diversos dos que emanariam, caso a primitiva figura tivesse eficácia por agrupar íntegros seus elementos constitutivos". ("Tratado de Direito Administrativo", ed. Forense, 1966, vol. II, p. 330).

Na espécie, estamos diante de um ato eivado de vício — concessão de serviço público sem prévia autorização legislativa —, cujos elementos poderão ser reagrupados para gerar uma nova figura jurídica, no caso uma permissão de serviço público que, através de um decreto do Prefeito, terá plena eficácia. Desta forma, a infra-estrutura do ato permancerá a mesma, um serviço de utilidade pública que deverá ser executado dentro das mesmas características já enumeradas, pela proposta da firma vencedora, com a diferença que, tratando-se de uma permissão, não terá os efeitos jurídicos de um contrato bilateral — como seria no caso da coneessão — e as condições serão impostas e modificadas unilateralmente pela Administração. A licitação suprirá o edital de chamamento que seria o bastante para a outorga da permissão.

De ressaltar também que os doutrinadores entendem que mesmo na permissão poderão ser estipuladas condições e prazos, desde que a Administração assim o entenda. É o que se lê em HELY LOPES MEIRELLES:

"A permissão é, em princípio, discricionária e precária, mas admite condições e prazos para a exploração do serviço, a fim de garantir rentabilidade e assegurar a recuperação do investimento do permissionário, visando atrair a iniciativa privada.

O que se afirma é que a unilateralidade, discricionariedade e a preeariedade são atributos da permissão, embora possam ser excepcionados em certos casos, diante do interesse administrativo ocorrente". ("Direito Administrativo Brasileiro", ed. 1975, p. 356)

4. Para que se configure a conversão ora preconizada deverá o Senhor Prefeito baixar um Decreto, dentro do que faculta o art. 116 da Lei Orgânica do Município, instituindo o serviço através de uma permissão.

Assim sendo, os atos já praticados anteriormente, inclusive a lieitação, continuarão válidos e eficazes, cabendo apenas declarar a invalidade do eontrato referido, por ferir o art. 116, "in fine", da Lei Orgânica, e estabelecer o serviço através de um Deereto que autorize a sua execução através de permissão de serviço público.

A este respeito, é bom que se diga, a declaração do vício da ilegalidade é necessária para extirpar a parte do ato que não está de a-eordo com a lei, emergindo, tão-somente, os elementos sadios e subjacentes que serão usados na feitura da nova figura jurídica.

Neste aspecto, para major clareza, valemo-nos mais uma vez do magistério de JOSÉ CRETELLA JÚNIOR, verbis:

"Para que ocorra a figura da conversão, é preciso, antes de tudo, que haja um ato administrativo inválido, **nulo** ou **anulável**, ao qual faltem elementos ou se encontrem eivados de vicio os elementos constitutivos essenciais, exigidos pela lei que

fundamentou a edição do ato. Nas duas hipóteses, nulidade ou anulabilidade, para que ocorra a conversão do ato administrativo é preciso, preliminarmente, que se verifique e se deelare a invalidade, não se deelarando, porém, em caso algum, a nulidade do ato, se o ato é nulo, nem anulá-lo, se é anulável, porque tais medidas radicais e extremas eliminariam do eampo do direito o ato administrativo anterior, impossibilitando-se a terapêutiea pela falta do próprio ato a ser tratado". (obra citada. p. 331)

5. EM CONCLUSÃO, entendemos que, na hipótese configurada na consulta, eabe a aplieação da figura da conversão, transformando-se o contrato de coneessão ora existente e ineficaz em uma permissão de serviço públieo, usando-se, para tanto, os elementos já existentes, exceto o contrato que deverá ser deelarado inválido, estabelecendo-se uma permissão através de Decreto e lavrando-se novo contrato pertinente objetivando-se o eonsenso do permissionário para a nova situação.

É o parecer, S.M.J.

Porto Alegre, 26 de março de 1976.

O SESI, A CEEE E OS IMPOSTOS MUNICIPAIS

MAURÍCIO AZEVEDO MORAES Consultor Jurídico do Estado do Rio Grande do Sul

PARECER CGE N.º 3311

Imunidade e Isenção.

O Serviço Social da Indústria (SESI) é imune aos impostos municipais; a Companhia Estadual de Energia Elétrica (CEEE) deles é isenta, relativamente às suas atividades específicas.

A Prefeitura Municipal encaminha a esta Consultoria-Geral consultas formuladas pelo Serviço Social da Indústria (SESI) e pela Companhia Estadual de Energia Elétrica (CEEE), quanto à viabilidade de estarem essas instituições dispensadas do pagamento de impostos municipais.

2. O SESI foi criado pelo Decreto-Lei n.º 99.403, de 25.6.46, o qual, em seu art. 5.º, estabelece:

"Art. 5.º — Aos bens, rendas e serviços da instituição a que se refere este decreto-lei, ficam extensivos os favores e as prerrogativas do Decreto-Lei número 7.690, de 29 de junho de 1945.

Parágrafo único — Os governos dos Estados e dos Municípios estenderão ao Serviço Social da Indústria as mesmas regalias e isenções".

O Decreto-Lei n.º 7.690, de 29.6.45, por sua vez, prescreve:

"Art. 1.º — É concedida à Legião Brasileira de Assistên. cia isenção de todos os impostos da União e da Prefeitura do Distrito Federal.

"Parágrafo único — A isenção protege todos os bens, rendas e serviços da referida sociedade, assim como todas as operações em que figure como donatária, adquirente ou cessionária de bens ou direitos de qualquer natureza".

O regulamento do SESI, aprovado pelo Decreto n.º 57.375, de 2.1.65, dispõe:

> "Art. 12 — No que concerne a orçamento e prestação de eontas da gestão, financeira, a entidade, além das exigências da sua regulamentação específica, está adstrita ao disposto nos arts. 11 e 13 da Lei número 2.613, de 23 de setembro de 1955.

> Parágrafo único — Os bens e serviços do SESI gozam da mais ampla isenção fiscal, na conformidade do que rezam os artigos 12 e 13 da lei citada".

Finalmente, a Lei Federal n.º 2.613, de 23 de setembro de 1955, determina:

> "Art. 12 — Os servicos e bens do S.S.R. gozam de ampla isenção fiscal como se fossem da própria União.

> Art. 13 — O Disposto nos arts. 11 e 12 desta Lei se aplica ao Servico Social da Indústria (SESI), ao Servico Social do Comércio (SESC), ao Servico Nacional de Aprendizagem Industrial (SENAI) e ao Servico Nacional de Aprendizagem Comercial (SENAC)".

Essa legislação está em perfeita harmonia com a atual Constituição Federal (art. 19, III, e) e com o Código Tributário Nacional (art. 9.°, IV, c), os quais estabelecem imunidade tributária quanto ao patrimônio, à renda e aos serviços de instituições de assistência social, observados os requisitos da lei (art. 14 do CTN).

Do exame da legislação atinente à criação e regulamentação do SESI verifica-se que o mesmo constitui uma instituição de assistência social (art. 1.º e segs. do Regulamento), satisfazendo, plenamente, a todos os requisitos estabelecidos para o gozo da imunidade tributária (arts. 54, 56 e segs. do Regulamento).

De modo que não podem ser cobrados do SESI impostos municipais, porque essa entidade, que pela legislação ordinária era isenta, passou a ser imune, por preencher os pressupostos da imunidade, nos termos da Constituição Federal.

3.À fl. 9 do expediente, encontram-se notificações para o pagamento, pela CEEE, do imposto sobre a propriedade predial e territorial urbana. A fl. 8, essa Companhia, através de seu Gerente Regional, afirma estar isenta desse tributo.

O Decreto-Lei n.º 2.281, de 5.6.40, estabelece:

"Art. 1.0 — A partir de 1.0 de janeiro de 1940, todas as empresas que produzam ou apenas transmitam ou distribuam energia elétrica ficam isentas de quaisquer impostos federais, estaduais ou municipais, salvo os de consumo, de renda e de vendas e consignações, incidindo este somente sobre o material elétrico vendido ou consignado, e os territorial e predial sobre terras ou prédios não utilizados exclusivamente para fins de administração, transmissão, transformação ou distribuição de energia e serviços correlatos".

O Decreto n.º 41.019, de 26.2.57, dispõe:

"Art. 109 — Todas as empresas que produzam ou apenas transmitam ou distribuam energia elétrica são isentas de quaisquer impostos federais, estaduais e municipais, salvo: RCGE, Porto Alegre, 6(15): 183-188, 1976

- a) o imposto de renda;
- b) os impostos de consumo e venda mercantis que incidam sobre o material elétrico vendido ou consignado;
- c) os impostos territorial e predial sobre terras e prédios não utilizados exclusivamente para fins de administração, produção, transmissão, transformação ou distribuição de energia elétrica e serviços eorrelatos".
- O Decreto-Lei n.º 2.281/40 e o Decreto número 41.019/57, apesar de anteriores à atual Constituição Federal, continuam em pleno vigor. As empresas de energia elétrica gozam de isenção tributária quanto aos impostos federais, estaduais e municipais. Essa isenção, segundo decidido no RE número 69.967, de 13 de abril de 1973 (RTJSTF, v. 65/142), "é pacífica na jurisprudência do Supremo Tribunal, tanto pelo que reza a Súmula 78, quanto por decisões posteriores à reforma tributária nacional (v.g., RE 68.967, D.J. 4.9.70; RE 71.306, D.J. 20.8.71)".

Mais recentemente, ao julgar o RE 83.835, em sessão de 10 de fevereiro de 1976, o Supremo Tribunal Federal manteve esse entendimento. A ementa do acórdão, publicada no Diário da Justiça da União, de 2.4.76, p. 2228, é bastante expressiva e está assim redigida:

"Empresa de energia elétriea.

Impostos municipais isentos por força do Decreto-Lei n.º 2.281 de 1940. — Súmula 78.

Precedentes.

Permanece válida e eficaz a lei ordinária anterior à Constituição que tenha regulado matéria de Lei complementar, desde que não contrastante com os seus princípios e normas ou com o seu espírito.

RE. conhecido e provido".

No caso, a CEEE está isenta do imposto sobre a propriedade predial e territorial urbana, salvo sobre terras e prédios não utilizados exclusivamente para fins de administração, transmissão, transformação ou distribuição de energia elétriea e serviços eorrelatos. Assim, aliás, já decidiu o Supremo Tribunal Federal, ao tratar do assunto:

"O DL 2.281-40 assegura aos eoncessionários de energia elétrica isenção de impostos loeais, inclusive o predial sobre os bens utilizados exclusivamente na administração, produção, distribuição e serviços correlatos". (MS n. 17.258. Relator: Min. Aliomar Baleeiro. Revista Trimestral de Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, Brasília, (42): 792-3, dez. 67).

- 4. Ante o exposto, concluo:
 - 1. O SESI é imune aos impostos municipais;
- 2. A CEEE goza da isenção desses impostos, no que respeita às suas atividades específicas.

Porto Alegre, 21 de maio de 1976.

TAXA MUNICIPAL DE LICENÇA DE ESCRITÓRIO DE ADVOCACIA

MAURICIO AZEVEDO MORAES

Consultor Jurídico do Estado do

Rio Grande do Sul

PARECER CGE N.º 3348

Legalidade da cobrança da taxa de licença de localização de escritório de advocacia.

Inconstitucionalidade da criação, pelo Município, de taxa de licença de funcionamento de escritório de advocacia. Competência da União, nos termos da Constituição Federal.

Obrigatoriedade do pagamento do imposto sobre serviços de qualquer natureza pelos advogados no exercício da profissão.

PREFEITURA MUNICIPAL consulta esta Consultoria-Geral do Estado sobre a licitude da cobrança da taxa de licença de localização e funcionamento de escritório de advocacia, criada pela Lei Municipal n.º 801, de 15 de dezembro de 1966. Indaga, também, se é possível exigir, dos advogados locais, o pagamento do imposto sobre serviços de qualquer natureza.

2. A Constituição Federal (art. 18, I) e o Código Tributário Nacional (art. 77) estabelecem que as taxas têm como fato gerador, unicamente, a) o exercício regular do poder de polícia e b) a utilização, efetiva

RCGE, Porto Alegre, 6(15): 189-195, 1976

ou potencial, de serviço público específico e divisível, prestado ao contribuinte ou posto à sua disposição.

3. No Direito Brasileiro, as taxas elassificam-se, pois, em taxas de polícia e em taxas de serviço. As primeiras fundamentam-se no exercício regular do poder de polícia. As segundas, na utilização, efetiva ou potencial, de serviços públicos específicos e divisíveis.

O poder de polícia que justifica a cobrança de taxa é aquele exercido regularmente, isto é, pelo órgão competente, nos limites da lei, com observância do processo legal e sem abuso ou desvio de poder (C. T. N., art. 78, parágrafo único). Assim, a taxa de polícia deve corresponder à real necessidade de exercício do poder de polícia. A sua cobrança será irregular toda vez que tiver como único objetivo o aumento da receita pública, sem que haja, em contrapartida, qualquer trabalho que a legitime. O poder de polícia, em si mesmo, não pode ser tomado como base para a cobrança de taxa. É preciso, sempre, a prestação efetiva de um serviço relacionado com o exercício desse poder.

- 4. Antes do exame da legitimidade da cobrança da taxa municipal instituída, observe-se que, embora o Município tenha criado **uma só taxa** para licença de localização e funcionamento, na realidade há duas taxas, pois de dois fatos geradores se trata, quais sejam: a) localização e
- b) funcionamento de escritório de advocacia.
- 5. A taxa de licença de localização só será lícita se basear-se no regular exercício do poder de polícia municipal de zonear a área urbana, poder de polícia esse que visa a garantir o sossego, a segurança, a ordem, o conforto individual e o bem-estar geral. Sua cobrança será legítima desde que efetuada uma única vez, tratando-se de estabelecimento fixo, pois o fato gerador do tributo é instantâneo. Requerida liceuça para lo calização de escritório e expedido o alvará, esgota-se a situação prevista em lei como necessária ao pagamento do tributo. A anual renovação de cobrança da taxa de licença de localização do mesmo imóvel será indevida em face da inexistêucia de fato gerador, que não mais se repete, desde que paga a taxa respectiva.

"A licença para localização baseia-se no legitimo e regular poder de polícia da municipalidade para disciplinar a utilização do espaço urbano. Compete, sem dúvida, ao poder municipal estabelecer normas e fiscalizar o cumprimento das mesmas em relação ao zoneamento urbano. A taxa de localização baseia-se, pois, no regular exercício do poder de polícia municipal de zonear o espaço urbano. Nota-se que essa taxa esgota-se com a prática da licença. Verificada a conformidade entre a natureza e os fins do imóvel cuja localização se pleiteia e a distribuição legal do espaço urbano, afasta-se o obstáculo com o exercício do poder de polícia e a concessão da licença. Uma vez praticado o ato administrativo do tipo de licença, paga a respectiva taxa, configura-se a legitimidade da situação do proprietário ou responsável pelo imóvel, que passa a ser titular de uni direito subjetivo". (FARIA, Sylvio Santos. Taxa de licença. Localização e Funcionamento de Escritório de Advocacia. Revista de Direito Público, São Paulo, (9):100-5, jul./set. 1969)

No mesmo sentido, veja-se MARREY JÚNIOR, Pedro Lueia-no. Taxa de Licença para Localização e Taxa de Licença de Funciona-mento de Escritório de Advocacia — Constitucionalidade da Primeira e Inconstitucionalidade da Segunda. Revista de Direito Público, São Paulo, (17):282-84, jul./set.1971; SÃO PAULO, Tribunal de Alçada Civil. Apelação n.º 204.680, José Amando de Queiroz Telles versus Prefeitura Municipal de Presidente Prudente. Revista dos Tribunais, São Paulo, (471):129-30, jan. 1975.

No caso, portanto, somente poderá ser considerada legítima a cobrança da taxa de licença de localização se o Município, efetivamente, exercer o poder de polícia relativo ao zoneamento urbano. É preciso que o Poder Público, antes de cobrar o tributo e conceder a respectiva licença, proceda a todas as diligências necessárias para apurar se o local

escolhido para a instalação do escritório corresponde às exigências do zoneamento urbano. Só assim estará exercendo regularmente o poder de polícia, dando ensejo à cobrança da taxa.

O Supremo Tribunal Federal já manifestou esse mesmo entendimento, ao decidir:

"Na espécie, a denominada "taxa de licença de localização", embora esteja dito na lei respectiva que assenta no Poder de Polícia do Município, na verdade não se compadece com o conceito legal expresso no art. 78, do Código Tributário Nacional (...).

Não há, no caso, poder de polícia gerador da taxa, um Poder de Polícia regular, desempenhado por órgão administrativo competente e com observância de processo legal. Como observou com acerto a sentença do ilustre Juiz JOSÉ FRANCISCO LELLIS HORTA: "... a lei municipal dá como fato gerador da taxa um poder de polícia desprovido de órgão administrativo para sua aplicação, e consubstanciado apenas na outorga de permissão para a prática de atividades privadas. Equivale, portanto, a dizer que tem como fato gerador palpável, a atividade do contribuinte, a evidenciar sua condição exclusiva de imposto". (f. 30-31)

É de se atentar, inclusive, para que baseada, ou não, no poder de policia, a taxa deve conter sempre o caráter contraprestacional, que a distingue do imposto. Daí, a oportuna citação de JOSÉ WASHINGTON COELHO, feita pela douta Procuradoria-Geral:

"... o exercício do poder de polícia, em si e por si, não constitui fato gerador da taxa. A prestação de um serviço relacionado ao exercício desse poder é que configura aquele. A prevalecer a interpretação literal, a Fazenda poderá, valendo-se da impropriedade redacional, transformar a taxa em autêntico imposto: sem a prestação do serviço, a taxa, no caso, cabe no con-

ceito formulado através do art. 16" (f. 89). (BRASIL, Supremo Tribunal Federal. RE n.º 69.957. Clínica Radiológica Manuel de Abreu versus Preteitura Municipal de Vitória. Revista Trimestral de Jurisprudência, Brasília, (59):799-802, mar. 1972)

6. A taxa de licença de **funcionamento** de escritório de advocacia teria como fato gerador o poder de polícia municipal para controlar o funcionamento e o próprio exercício da advocacia.

Entretanto, segundo a Constituição Federal (art. 8.º, XVII,r), a competência para legislar sobre "as condições de capacidade para o exercício das profissões liberais e técnico-científicas" pertence à União.

Assim, o órgão competente para o exercício do poder de polícia em relação à advocacia há de ser somente aquele instituído por lei federal. Na hipótese, é a Ordem dos Advogados do Brasil (Lei n.º 4215, de 27 de abril de 1973), entidade que, nos termos de seus estatutos, possui competência para fiscalizar o exercício da profissão de advogado. Regularmente inscrito o bacharel na O.A.B., está ele autorizado a advogar em qualquer parte do País.

Como bem acentua SYLVIO SANTOS FARIA, já citado,

"A competência para legislar sobre o exercício profissional, nos termos da letra "r" do n.º XVII do art. 8.º da Constituição, encerra a competência para a escolha ou a criação do órgão encarregado do "exercício regular do poder de polícia", eis que a fiscalização do cumprimento da lei, no particular do exercício de atividade profissional, encerra, desenganadamente, matéria da natureza do poder de polícia. Assim, nos termos do parágrafo único do art. 78 do Código Tributário Nacional, o órgão competente para o exercício desse poder em relação à atividade profissional do advogado há de ser aquele instituído através de lei federal. Ora, a lei sobre a espécie é a de n.º 4215, exatamente aquela que, dispondo sobre o Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil, dispõe sobre: a) inscrição; b) exercício da advocacia; c) incompatibilidades e impedimentos; cri-

ando os órgãos próprios para o exercício dessa fiscalização, que outra natureza não têm senão a de poder de polícia". (FARIA, Sylvio Santos, op. cit. p. 104)

De acordo com esse ponto de vista, leia-se MARREY JUNIOR, Pedro Luciano, op. cit. p. 284; SÃO PAULO. Tribunal de Alçada Civil. Agravo de petição n.º 192.061. Mylton Mesquita e outros versus Município de Garulhos. Revista dos Tribunais, São Paulo, (461):121-22, mar. 1974; SÃO PAULO. Tribunal de Alçada Civil. Agravo de petição n.º 146.881. Nuno da Gama Lôbo D'Eça versus Prefeitura Municipal de Santa Fé do Sul. Revista dos Tribunais, São Paulo, (422):244-45, dez. 1970; SÃO PAULO, Tribunal de Alçada Civil. Apelação n.º 204.680. José Amando de Queiroz Telles versus Prefeitura Municipal de Presidente Prudente. Revista dos Tribunais, São Paulo, (471):129-30, jan. 1975.

A cobrança da taxa municipal de licença para funcionamento de escritório de advocacia é, portanto, inconstitucional, porque pertence a órgão federal, no caso, à O.A.B., a competência para exercer poder de polícia sobre o exercício da advocacia.

7. Quanto ao pagamento do imposto sobre serviços de qualquer natureza, pelos advogados locais, não se me afigura passível de qualquer dúvida. Conforme determina o Decreto-Lei n.º 406, de 31 de dezembro de 1968, art. 8.º, alterado pelo Decreto-Lei n.º 834, de 8 de setembro de 1969, art. 3.º, VII, n.º 5, todos os advogados, desde que exerçam sua profissão, estão obrigados ao pagamento de tal imposto. Assim dispõe o art. 8.º do referido Decreto-Lei n.º 406/68:

194

"O imposto, de competência dos Municípios, sobre serviços de qualquer natureza, tem como fato gerador a prestação, por empresa ou profissional autônomo, com ou sem estabelecimento fixo, de serviço constante da lista anexa". O Decreto-Lei n.º 834/69, por sua vez, estabelece:

"Art. 3.º — O Decrcto-Lei n.º 406, de 31 de dezembro de 1968, passa a vigorar com as seguintes alterações: (...) VII — a lista de serviços de qualquer natureza a que se refere o art. 8.º passa a vigorar com a seguinte redação: LISTA DE SERVIÇOS. Serviços de: (...)5. Advogados ou provisionados".

Com clareza e precisão técnica, assim se manifesta o Prof. GE-RALDO ATALIBA:

"Se ele monta escritório para exercer a advocacia, o imposto é devido; se ele simplesmente tem o título de advogado e não exerce, não tem razão para pagar o imposto. O imposto não é porque ele é advogado, mas porque exerce a função". (A-TALIBA, Geraldo. Imposto sobre Serviços. Revista de Direito Público, São Paulo, (20):303. abr./jun.1972)

- 8. Em face das considerações acima expendidas, concluo:
- 1. É legítima a cobrança da taxa de licença para localização de escritório de advocacia, desde que o Município efetivamente exerça poder de polícia sobre o zoneamento urbano.
- 2. A taxa de licença de funcionamento de escritório de advocacia não pode ser cobrada pelo Município, pois é federal a competência para instituí-la.
- 3. O imposto sobre serviços de qualquer natureza deve ser pago por todos os advogados que exerçam a profissão.

Porto Alegre, 5 de julho de 1976.

ÍNDICE

ALLGAYER, Antonio Estevão. A família à margem do casamento	115
AUTOMAÇÃO — O abstrat: problemas da informática em direito, por André Dunes	11
AZEVEDO, Marília de Oliveira. Concessão de Serviço Público convertida em permissão - Parecer 3263/CGE	1 <i>77</i>
AZEVEDO, Plauto Faraco de. Dois estudos sobre o Direito Natural	77
CARGO EM COMISSÃO - Exercício de Secretaria Municipal por Vereador, por Manoel André da Rocha - Parecer 3376/CGE	147
CARRICONDE, João Soares. Falsidade documental enseja demissão qua- lificada — Parecer 3404/CGE	163
DIREITO DE FAMÍLIA — A família à margem do casamento, por Antonio Estevão Allgayer	115
DIREITO NATURAL — Dois estudos sobre, por Plauto Faraco de Azevedo	77
DOCUMENTO — FALSIFICAÇÃO — Falsidade documental enseja demissão qualificada, por João Soares Carriconde — Parecer 3404/CGE	193
DUNES, André. O abstrat: problemas da informática em direito	-11
FUNCIONÁRIOS — CESSÃO — Cessão de funcionários a sociedade de economia mista e a fundações oficiais, por Mário Bernardo Sesta	125
FUNDAÇÕES — Cessão de funcionários a, por Mário Bernardo Sesta	125
GRIFFA, Norberto Luiz. Pressupostos lógicos e epistemológicos da linguagem jurídica	51
1MPOSTOS MUNICIPAIS — O SESI, a CEEE e os, por Maurício Azevedo Moraes — Parecer 3311/CGE	183

•	
INFORMATICA JURÍDICA — O abstrat: problemas da informática em direito, por André Dunes	11
LINGUAGEM JURÍDICA — Pressupostos lógicos e epistemológicos da, por Norberto Luiz Griffa	51
MORAES, Maurícia Azevedo. O SESI, a CEEE e os impostos municipais — Parecer 3311/CGE	183
MORAES, Maurício Azevedo. Taxa municipal de licença de escritório de advocacia — Parecer 3348/CGE	189
ORÇAMENTO — Vigência de orçamento não aprovado pela Câmara Municipal, por Mário Nunes Soares — Parecer 2464/CGE	169
ROCHA, Manoel André da. Exercício de Secretaria Municipol por Vereador — Parecer 3376/CGE	147
SECRETARIO MUNICIPAL — Exercicio de Secretaria Municipal por Vereador, por Manoel André da Rocha — Parecer 3376/CGE	147
SERVIÇO PÚBLICO — Concessão de, por Marília de Oliveira Azevedo — Parecer 3263/CGE	177
SESTA, Mário Bernardo. Cessão de funcionários a sociedade de economia mista e a fundações oficiais	125
SOARES, Mário Nunes. Vigência de orçamento não aprovado pela Câmara Municipal — Parecer 2464/CGE	 169
SOCIEDADES DE ECONOMIA MISTA — Cessão de funcionários a, por Mário Bernardo Sesta	125
TAXA MUNICIPAL DE LICENÇA — Escritório de advocacia, par Maurício Azevedo Moraes — Parecer 3348/CGE	189
VEREADOR — Exercício de Secretaria Municipal, por Manoel André da Rocha — Parecer 3376/CGE	147

