O CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO*

CARLOS DA ROCHA GUIMARÃES**

1. Antecedentes históricos. 2. Justiça administrativa. 3. Atos e contratos administrativos. 4. Questões de direito tributário. 5. Direito previdenciário e acidentes de trabalho. 6. Opção entre justiça administrativa e tribunais judiciários especializados. 7. Conclusão.

O contencioso administrativo nada mais é do que um remanescente de épocas em que o rei englobava todos os poderes do Estado e, portanto, o Poder Judiciário, agindo sempre a Justiça em nome do rei.

Com o advento da especialização das diversas funções do Estado, como necessidade técnica, e de sua distribuição a poderes diferentes, como necessidade da estruturação democrática, a Justiça foi pouco a pouco se tornando independente em relação ao Poder Executivo.

No entanto, mesmo a libertária Revolução Francesa nunca chegou a estabelecer uma completa separação entre os poderes do Estado, permanecendo a justiça administrativa como uma das funções do Poder Executivo, embora contraditoriamente apoiada no princípio da separação dos poderes, sob a alegação de que a interferência do Poder Judiciário, em questões em que fosse interessada a administração, redundaria em transgressão àquele princípio, ficando o Executivo sob a fiscalização e controle do Judiciário.

Continuou, pois, o Poder Executivo com funções judicantes, assim como o Judiciário e o próprio Legislativo ainda exercem funções administrativo-executivas, também com suporte no mesmo princípio da separação de poderes.

* Tese unanimemente aprovada no II Congresso Brasileiro de Direito Administrativo.

** Advogado no Rio de Janeiro.

Vemos, assim, que esse princípio não atinge, nem pode atingir, pelas próprias contradições internas decorrentes de sua estrutura ambivalente, o ideal de separar com limites nitidamente demarcáveis as diversas funções do Estado.

Qual a razão dessa impotência metodológica?

Não pode ser, certamente, a incapacidade daqueles que se dedicaram a essa tarefa, através dos tempos, pois entre eles vamos encontrar notáveis *jus*-políticos e *jus*-filósofos, aos quais não escaparia uma solução, existisse a possibilidade de encontrá-la.

A verdade é, pois, como esclarece com precisão Kelsen, que as funções ou poderes do Estado não são separáveis e que se deve proclamar "de modo claro e enérgico o princípio unitário".[1]

Em conseqüência, os vários modos de separação funcional (não ontológico-estrutural) dos chamados poderes do Estado obedece a fatores circunstanciais em cada nação, de acordo com as suas tendências históricas e necessidades políticas momentâneas.

Daí a aparente contradição entre a manutenção do contencioso administrativo francês na esfera do Poder Executivo e a invocação da teoria da separação de poderes pelo movimento revolucionário francês, para justificar esse fato.

Dizemos aparente porquanto o princípio de contradição não vigora entre uma realidade política (o contencioso administrativo como parte do Executivo) e um pressuposto ideal que não corresponde nunca, nem pode corresponder — como vimos — à própria realidade e que consistiria na concordância: separação de poderes = separação de funções.

De acordo com esses postulados achamos preliminarmente que a formulação da problemática do contencioso administrativo foi lançada com grande exatidão ao colocar em exame a "*conveniência* da criação de uma Justiça administrativa" e não as razões doutrinárias que justificassem essa criação ou a manutenção do estado atual vigente no Brasil.

2. *Conveniência da criação de uma Justiça administrativa*

O problema da conveniência da criação de uma justiça administrativa, como já se viu, deve atender à tradição de cada nação, aos costumes de seu povo, a fatores políticos nacionais, enfim a todos os elementos circunstanciais existentes no momento em que se põe a questão.

[1] Kelsen. *Teoría general del Estado*. Labor, 1934. p. 300.

Em princípio, consideramos que o elemento *tradição* é fundamental.

Instituições já aceitas e funcionando devem a nosso ver ser preservadas enquanto não entravarem o progresso jurídico, político, social e econômico da nação.

Partindo desse ponto de vista, é claro que se o contencioso administrativo merece ser conservado na França, não quer isso dizer que deva ser implantado no Brasil.

Se poderia ter sido conservado no Brasil quando proclamada a República, não quer dizer que quase 90 anos depois deva ser restaurado sem maior exame.

Nesses quase 90 anos, firmou-se na consciência pública brasileira a idéia de que a existência do Poder Judiciário autônomo e independente é garantia básica dos direitos individuais.

Corolário dessa convicção é o princípio de proibição de se "excluir da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão de direito individual" (art. 153, § 4º, da Constituição Federal), princípio esse incluído entre os direitos e garantias individuais.

É evidente que a opção sobre a conveniência da criação de um contencioso administrativo deve acima de tudo ser examinada à luz dessa tradição constitucional brasileira.

Não é evidentemente a sua inserção na Constituição que constituiria razão impeditiva à criação do contencioso administrativo.

A Constituição pode ser reformada.

No entanto, o que não nos parece conveniente é quebrar uma tradição alicerçada num ideal de verdadeira justiça distribuída por um Judiciário autônomo, esclarecido, independente e honesto moral e intelectualmente.

No entanto, o fato de não optarmos pela criação de um contencioso administrativo propriamente dito, não implica que afastemos a idéia de uma reformulação na justiça administrativa existente, de modo a aproximá-la de um contencioso administrativo, sem contudo fechar a porta para o apelo ao Judiciário, como revisor das decisões dessa justiça.

Posto o problema nestes termos, passemos a examinar qual a estruturação e limite de competência que deveria ter essa justiça, bem como se seria ela conveniente em todos os casos de litígio com a administração.

3. *Questões relativas a atos e contratos administrativos*

a) A nosso ver, esse inciso do tema deve ser desdobrado em dois: 1. atos administrativos; 2. contratos administrativos.

Essa divisão se baseia no fato de que consideramos conveniente uma justiça administrativa para a apreciação dos atos administrativos e não para decidir os litígios originados de contratos administrativos.

A razão dessa diversidade de posições se origina de acharmos que os atos administrativos em regra se apóiam em leis específicas que tratam de matéria típica de direito público como: posturas, licenças, e várias outras manifestações do poder de polícia administrativa, ao passo que os contratos administrativos, ainda que tendo como conteúdo e finalidade matéria de direito público, têm também pela sua forma, pelas suas cláusulas, enfim pela maleabilidade na sua formulação, grande afinidade com os contratos de direito privado.

Assim, consideramos útil para aqueles uma justiça administrativa. Para estes, preferimos a manutenção do estado atual.

Aqueles, mais uniformes nos casos que se sucedem, só se beneficiariam com uma justiça especializada, ainda que não definitiva em suas decisões.

Para os contratos, em que essa uniformidade é menor, consideramos pouco significativo criar uma justiça administrativa especializada.

Quanto à forma que assumiria a justiça administrativa, a que caberia apreciar os litígios sobre os atos administrativos, reservamo-nos para entrar em detalhes ao examinar o problema em relação às questões de direito tributário, onde essa espécie de justiça já teve maior desenvolvimento.

Esclarecemos, no entanto desde já que, a criar-se a justiça administrativa para apreciar atos administrativos, parece-nos recomendável que ela não fosse una, mas desdobrada em tantos órgãos judicantes quantos fossem necessários para não acumular problemas de áreas diversas em um só órgão, gerando a dificuldade de exame dos casos submetidos a julgamento.

4. *Questões de direito tributário*

b) Antes de oferecer qualquer sugestão quanto à forma de reorganizar a justiça administrativo-tributária, convém fazer um exame prévio, ainda que ligeiro, da situação atual dessa Justiça no Brasil.

Existe ela, é claro, sem as características de um contencioso administrativo, o que significa dizer que suas decisões não escapam à apreciação pelo Judiciário.

Seu funcionamento se baseia num duplo grau de jurisdição, sendo o primeiro constituído pelas próprias autoridades fiscais e o segundo pelos Conselhos de Contribuintes, os quais têm sido instituídos tanto pela União como por grande número de estados e municípios.

Antes de prosseguir, convém fixar com maior precisão a natureza dessa justiça. Constitui ela realmente uma justiça, isto é, tem funções típicas de caráter jurisdicional ou só no nome é que ela se caracteriza como tal?

A nosso ver, a sua atividade é realmente jurisdicional.

De fato, se aceitarmos a lição de Kelsen, lembrada no início de que não é a natureza do órgão que exerce a função que determina a natureza desta, mas que, para apreendê-la, temos de examinar as suas características próprias em face da natureza das atividades em que se quer enquadrá-la, podemos com facilidade considerá-la como constituindo uma atividade jurisdicional.

Vejamos, pois, qual a característica dessa atividade:

Como bem salienta Kelsen, "a função do Estado que conhecemos com os nomes de jurisdição ou administração de justiça, destina-se essencialmente à realização do ato coativo ou sua preparação processual".[2]

E logo acrescenta:

"Exatamente o mesmo ocorre em grande parte com a chamada administração, pelo que esta não participa menos do caráter jurisdicional do que a função a qual se aplica estritamente dito qualificativo."[3]

Aceita essa tese, é evidente que mesmo sem a existência de órgãos especializados cujas decisões tenham autonomia em relação à administração, a própria autoridade fiscal exerce uma função jurisdicional ao decidir uma impugnação a um ato administrativo.

É evidente que uma justiça administrativa exercida pelas próprias autoridades fiscais é uma justiça muito embrionária, sempre sujeita a colocar o que lhe parece ser o interesse do Estado em primeiro lugar e, em conseqüência, interpretar a norma com certa tendência a proteger o fisco.

Sentindo essa realidade, os executivos, movidos pelos reclamos dos contribuintes, vêm aceitando uma autolimitação de sua competência e admitindo a criação de tribunais administrativos com uma certa autonomia: são os Conselhos de Contribuintes.

A autonomia desses órgãos é a sua razão de ser.

Vejamos, pois, até que ponto vai ela e até que ponto é desejável que ainda vá, sem chegar a configurar um contencioso administrativo, propriamente dito.

[2] Id. ibid. p. 316-7.

[3] Id. ibid. p. 317; nesse mesmo sentido, entre outros, veja Jarach, Dino. *El hecho imponible*. B. A., ed., 1943. p. 33; nossos trabalhos sobre Processo administrativo fiscal. *Rev. de Dir. da Proc. Ger. do Estado da Guanabra*, v. 14, p. 612; *Problemas de direito tributário*. Ed. Financ., 1962. p. 110.

Começa ela com a composição dos Conselhos, constituídos, em regra, metade com funcionários da Fazenda e metade com pessoas indicadas pelos órgãos de classe dos contribuintes.

São, pois, órgãos paritários, o que bem demonstra a sua finalidade de organismos autônomos, pelo menos dentro dos limites da lei de sua criação, dada a maior possibilidade de tomar decisões com mais imparcialidade pelo contrapeso das opiniões emitidas por pessoas de origem diversa, ligadas a interesses diferentes.

Não pára aí a sua autonomia, pois inexistiria ela se o Executivo pudesse cassar livremente suas decisões.

Essa liberdade é que foi eliminada, pelo menos nos casos de decisões unânimes (União, Estado do Rio de Janeiro), o que põe em relevo mais esse aspecto, tipicamente jurisdicional dos Conselhos de Contribuintes, pela sua autonomia em relação às partes.

Assim, já não é só a forma de decidir que caracteriza a função jurisdicional desses Conselhos, mas também a garantia de independência, ainda que relativa, frente ao Executivo.

Mas, dir-se-á, se isso acontece nos casos em que a decisão é unânime, o mesmo não se dá quando não o é, como se pode, pois, considerar autônomo um órgão que pode ver a sua decisão cassada pela própria administração de nível superior, depois de ter o Conselho cassado decisão de órgão da administração de nível inferior?

Isto não transformará os Conselhos em órgãos da administração, intercalados na hierarquia administrativa?

A nosso ver não. Os Conselhos continuam, nesse caso, a ser órgãos meramente jurisdicionais, embora com limitação de sua autonomia decisória.

Se o recurso a um órgão do Executivo desnatura a estrutura do processo administrativo-tributário, em certos casos, não quer isso dizer que elimine aquela estrutura que continua com sua verdadeira natureza jurisdicional, e, além do mais, autônoma para os demais casos.

É evidente que os Conselhos não têm atualmente uma competência jurisdicional plena, o que não quer dizer que não tenham nenhuma.

Outras limitações existem, já agora não de caráter funcional do órgão, mas de extensão de sua competência.

Com efeito, os Conselhos federais não podem apreciar pedido de restituição, sob a alegação de que tais decisões iriam refletir-se na despesa, o que extrapolaria a área tributária.

Data venia, tal argumento junta duas coisas diversas: o direito à restituição e a restituição propriamente dita.

Aquele constitui matéria de direito tributário, configura um litígio tributário aceito como tal, por exemplo, na legislação do Estado do Rio de Janeiro.

A devolução do tributo é que ficaria dependendo de dotação orçamentária e disponibilidade de fundos, matérias evidentemente fora de alçada dos Conselhos.

Outra limitação é a existente, por exemplo, no Estado do Rio de Janeiro, onde a lei impede a apreciação de matéria de isenção e imunidade pelo Conselho, por considerar que não há litígio fiscal, no caso constituindo o pedido de isenção mera consulta.

Data venia, tal entendimento também não tem base jurídica.

Pedir reconhecimento de isenção ou imunidade é achar que tem direito a qualquer delas.

Quando o fisco nega tal direito está estabelecido o litígio, a divergência. A União admite o recurso nesses casos.

Outro caso, já aí de autolimitação: os Conselhos federais têm considerado que não devem decidir a respeito de correção monetária e acréscimos moratórios (multas e juros).

Data venia, não vemos como se possa justificar tais decisões, pois se os Conselhos decidem até sobre aplicação de penalidades como deixariam de ter competência para decidir sobre os reajustamentos dos tributos decorrentes da passagem do tempo, mera decorrência do próprio crédito tributário?

Outra limitação que deve ser abolida é a de os Conselhos não apreciarem consultas.

Nesse caso, há uma distinção a ser feita de início.

Existem, na realidade, duas espécies de consultas: as consultas individualizadas, isto é, aquelas em que o contribuinte delimita plenamente os fatos geradores da obrigação a que se refere a consulta, inclusive o espaço de tempo de sua duração, se formado de operações sucessivas (ICM, IPI etc.) e aquelas em que a consulta é feita em tese, isto é, focalizando o fato gerador meramente em sua definição legal.

As legislações, em geral, não distinguem essas duas espécies de consulta.

A norma federal, embora fale em fato determinado como objeto da consulta em face da lei, permite a consulta por entidades de classes, o que significa dizer que o fato aí será apresentado sob forma genérica.

A lei do Estado do Rio de Janeiro é mais positiva só admitindo consulta em que o fato gerador seja formulado de modo preciso, o que parece significar que não admite consulta sobre fato gerador em sentido genérico.

Assim entendido, teríamos aí configurados, em normas específicas, mas diversas, os dois casos de consulta referidos por nós.

Numa coisa se igualam as duas normas: não admitem recurso para o Conselho de Contribuintes das decisões proferidas nos processos de consulta.

Examinemos os dois casos, em separado.

No caso de consulta genérica, parece-nos acertada a posição das normas referidas.

Com efeito, recorrer de uma decisão desse tipo para o Conselho, órgão de natureza jurisdicional e não hierárquica, seria admitir que aquela espécie de órgão pode baixar atos normativos, pois a tanto montaria a sua decisão favorável ao contribuinte, dada *in genere* e não *in specie*.

Ora, é sabido que os órgãos jurisdicionais decidem em cada caso concreto e não em tese, justamente porque decidem litígios e não dúvidas de caráter normativo.

Estas só vêm à baila como fundamento daquelas, não sendo, porém, o objeto do litígio, pelo que não fazem coisa julgada.

No entanto, no que concerne às consultas individualizadas, já não acontece o mesmo.

Com efeito, a relação jurídica que se apresenta na consulta está claramente objetivada, ainda que não realizada.

Trata-se, pois, de decidir um caso concreto, objetivamente figurado.

Nada impede que se estabeleça um litígio perfeitamente delimitado, passível de ser apreciado pelo Conselho de Contribuintes, que estará assim decidindo *in casu* e não genericamente.

Assim, nessa hipótese, também não vemos motivo para a limitação da competência dos Conselhos.

Embora não as considere justificadas do ponto de vista doutrinário, é indubitável que são legítimas as limitações até aqui estudadas.

Com efeito, os Conselhos atualmente constituem autolimitações que o Poder Executivo aceita-se impor; é evidente que o fato de dosá-las não lhes tira o caráter de autolimitações a fim de estabelecer certa autonomia, ainda que relativa, dos Conselhos.

Mas, para que se fortalecessem os Conselhos, como uma experiência para uma possível implantação futura de um verdadeiro contencioso administrativo, seria interessante eliminar todas essas limitações, a partir da possibilidade

de recurso para órgão da administração, instituindo assim Conselhos com autonomia completa em relação a ela.

Dessa maneira, a única diferença entre os Conselhos e um contencioso administrativo seria a possibilidade de as decisões daqueles serem passíveis de cassação pelo Judiciário.

Nesse caso, é evidente que tanto o contribuinte como a administração poderiam ir a juízo pleitear a cassação das decisões dos Conselhos.

Pode parecer à primeira vista que seria um contra-senso o Executivo ir a juízo para anular atos de um órgão administrativo.

No entanto, é preciso, para esclarecer esse ponto, atentar para a natureza específica de cada órgão administrativo.

Com efeito, contra-senso existiria se a administração tivesse de ir a juízo anular atos de seus subordinados, isto é, das autoridades de primeira instância, delegados da própria administração, dela dependentes pela subordinação hierárquica.

No entanto, no caso dos Conselhos de Contribuintes a situação é diferente.

Embora sejam eles órgãos administrativos, não são órgãos da administração; não estão subordinados a ela hierarquicamente, podendo, portanto, em princípio, dentro dos limites de competência que lhes são atribuídos, decidir livremente.

Se aceita a nossa sugestão, teriam os Conselhos plena independência em relação à administração, o que acentuaria o seu caráter de órgãos jurisdicionais e não executivos, e justificaria ainda mais o direito de a administração ir a juízo pleitear a reforma das decisões dos Conselhos.

A proibição de o Executivo cassar administrativamente qualquer decisão dos Conselhos de Contribuintes coloca-lo-ía ainda mais na posição de uma parte comum no processo administrativo, o que lhe daria, em conseqüência, o direito de invocar a proteção judicial.

Vemos, pois, que se as decisões dos Conselhos de Contribuintes não fazem coisa julgada, têm, pelo menos, o efeito de tornar precluso o direito de discutir, na órbita administrativa.

É dessa preclusão que nasce o direito de a administração recorrer ao Judiciário.

De todo o exposto, propomos a criação de uma justiça administrativa com autonomia em relação à administração.

Para esse fim, os Conselhos passariam a decidir quaisquer litígios de direito tributário, inclusive a:

1. poder deixar de aplicar a lei quando a considerassem inconstitucional, o que não podem fazer os Conselhos federais, já o fazendo o do Estado do Rio de Janeiro;

2. poder deixar de aplicar os atos normativos administrativos quando os considerassem ilegais, caso esse em que a situação atual é idêntica à do item anterior;

3. poder decidir sobre isenção e imunidade de tributos, o que já podem fazer os Conselhos federais e deixou de poder fazer o Conselho do Estado do Rio de Janeiro;

4. poder decidir sobre restituição de tributos, o que não podem fazer os Conselhos federais, podendo fazê-lo, no entanto, o Conselho do Estado do Rio de Janeiro;

5. poder decidir sobre consultas quando não forem genéricas, mas especificarem a relação jurídica a que se aplicam, com fato gerador certo e determinado objetivamente e não somente pela sua descrição legal;

6. decidir em definitivo na esfera administrativa, não cabendo de seus acórdãos qualquer recurso para órgãos de administração;

7. ter as suas decisões passíveis de ser anuladas pelo Judiciário, quer por provocação do particular, quer por iniciativa da administração.

Além disso, a fim de que os Conselhos oferecessem maior segurança de independência e imparcialidade, seria conveniente que a lei reguladora dos mesmos estabelecesse certas condições para a investidura de seus membros, como por exemplo:

1. ser a sua nomeação precedida de aprovação do Legislativo;

2. ser a sua nomeação precedida de aprovação dos órgãos de classe dos contribuintes, quando relativa a funcionários da Fazenda e da Administração quando relativa a pessoas indicadas pelos órgãos de classe dos contribuintes.

5. *Questões de direito previdenciário e acidentes de trabalho*

c) Consideramos cabível a criação de uma justiça administrativa, semelhante à que propusemos para as questões de direito tributário, no que concerne às questões de direito previdenciário por se tratar de direito público, no sentido estrito.

Quanto às referentes a acidentes do trabalho, preferimos o sistema atual, pelo menos até maior exame do problema e reformulação da legislação respectiva.

BIBLIOTECA MARIO HENRIQUE SIMONSEN
FUNDAÇÃO GETULIO VARGAS

6. *Opção entre a justiça administrativa e tribunais judiciários especializados*

Pela forma como colocamos o problema da criação de uma justiça administrativa autônoma, isto é, admitindo sempre a cassação de seus atos pelo Judiciário, não fica excluída a hipótese da aceitação de tribunais judiciários autônomos ou simplesmente de câmaras especiais para julgar certas matérias.

A opção se resume, pois, entre a criação de tribunais especializados ou de câmaras especializadas.

Dentro da mesma linha de idéias que expusemos a princípio, de não fazer mudanças radicais antes de fazer experiências que facilitem uma marcha à ré, somos favoráveis à criação de câmaras especializadas dentro dos tribunais, naturalmente desde que a matéria a ser examinada seja suficiente para ocupar uma câmara.

A matéria é delicada, pois, deixar num tribunal uma Câmara com poucos processos, quando as outras estão assoberbadas de trabalho, cria um ambiente desagradável, o que não deve ser subestimado.

A matéria, se a opção for nesse sentido, deve a nosso ver ser objeto de recomendação e não de obrigatoriedade constitucional.

Essas as sugestões que nos parecem cabíveis para fazer uma tentativa de fortalecimento da justiça administrativa, sem revolucionar a situação atual, a qual seria levada às suas últimas conseqüências, sem alterar a natureza dos órgãos administrativo-jurisdicionais já existentes, isto é, sem instituir propriamente um contencioso administrativo.

Introdução à psicologia das relações humanas

Irene Mello Carvalho

8ª edição

Introdução à psicologia das relações humanas, de Irene Mello Carvalho, constitui-se instrumento precioso de iniciação do leigo no domínio das técnicas de conduta. Destinado ao público em geral, sua leitura recomenda-se igualmente aos estudantes de psicologia e relações humanas em face do critério científico de suas lições: aqui o leitor não encontra, em bandeja, receitas e fórmulas de feliz convívio e êxito garantido na vida moderna. Não é apenas mais um manual de como vencer na vida, ou influenciar pessoas.
A honestidade científica da autora, todavia, não prejudica a comunicação do texto. De leitura fácil, escrito em estilo simples, mas seguro, destrói os mistérios do "psiquismo", introduzindo o leitor no campo fascinante do conhecimento do mundo psicológico, permitindo-lhe, desta maneira, desenvolver suas potencialidades de **homo politicus.**

O desenvolvimento temático do livro reflete sua importância e utilidade:

A psicologia das relações humanas;

Comportamento social;

Integração mental;

A personalidade;

A psicologia e o trabalho.

À venda nas livrarias.

Pedidos para a Editora da Fundação Getulio Vargas. Praia de Botafogo, 188 — Caixa Postal 9.052. Rio de Janeiro, RJ.